

EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ  
GEGEN STREIKS?

Dissertation  
vorgelegt  
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen  
Fakultät  
der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz  
zur Erlangung des Grades         
eines Doktors der Rechtswissenschaft  
(Dr. jur.)

von  
Heinz-Walter        Gattung  
aus  
BINGEN / RH.

1972





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41554409\\_0103](https://archive.org/details/IA41554409_0103)



EINSTWEILIGER RECHTSSCHUTZ  
GEGEN STREIKS?

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft

(Dr. jur.)

von

Heinz-Walter GATTUNG

aus

BINGEN/RH.

1972



Berichterstatter: Professor Dr. Scheuerle

Mitberichterstatter: Professor Dr. Kräft

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Juli 1972

### III

#### INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                                                                 | Seite  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Inhaltsverzeichnis                                                                                              | III-X  |
| Literaturverzeichnis                                                                                            | XI-XXX |
| A) Problemstellung                                                                                              | 1      |
| B) Gang der Untersuchung                                                                                        | 3      |
| C) Anwendungsbereich und Problematik der einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf                                | 4      |
| 1 Arbeitskampfbegriff                                                                                           | 7      |
| 11 Der Begriff der Kampfmaßnahme                                                                                | 7      |
| 12 Kampfziel                                                                                                    | 11     |
| 2 Verfassungsrechtliche Grundlage und Grenzen des Arbeitskampfes                                                | 11     |
| 21 Art. 2 I GG und die Arbeitskampffreiheit                                                                     | 11     |
| 22 Art. 9 III GG und das Arbeitskampf"recht"                                                                    | 12     |
| 23 Die verfassungsrechtliche Arbeitskampfgarantie im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung                       | 13     |
| 231 Das Problem der Tarifwirkung                                                                                | 14     |
| 232 Die soziale Selbstverwaltung                                                                                | 16     |
| 233 Bedeutung der Ergänzung des Art. 9 III GG                                                                   | 17     |
| 234 Grenzen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes                                        | 18     |
| 2341 Bundesrechtliche Schranken                                                                                 | 18     |
| 2342 Die Länderverfassungen und der Arbeitskampf                                                                | 19     |
| 3 Die Rechtsgrundlagen der einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf                                            | 20     |
| 31 Die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes                                                                     | 20     |
| 32 Das Argument der Funktion des Arbeitskampfes und des Funktionswandels des einstweiligen Verfügungsverfahrens | 21     |

# IV

## Seite

|       |                                                                                       |    |
|-------|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 33    | Der Beschleunigungsgrundsatz                                                          | 23 |
| 34    | Ergebnis                                                                              | 25 |
| 4     | Die gerichtliche Zuständigkeit                                                        | 25 |
| 5     | Einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO                                                 | 26 |
| 6     | Einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO im Streik                                       | 27 |
| 61    | Der Grundsatz der Einstweiligkeit der Maßnahmen                                       | 27 |
| 62    | Das Kriterium der Befriedigungswirkung                                                | 30 |
| 621   | Darstellung                                                                           | 30 |
| 622   | Kritik                                                                                | 30 |
| 63    | Der Interessenvergleich als Entscheidungskriterium                                    | 33 |
| 631   | Die Höherwertigkeit                                                                   | 33 |
| 632   | Veränderungs- und Beharrungsinteresse                                                 | 34 |
| 6321  | Brändels Wertung                                                                      | 34 |
| 6322  | Kritik                                                                                | 35 |
| 6323  | Schlußfolgerung                                                                       | 36 |
| 64    | Arten einstweiliger Anordnungen                                                       | 36 |
| 65    | Voraussetzungen für den Erlaß von einstweiligen Verfügungen nach § 940 ZPO in Streiks | 38 |
| 651   | Das "streitige Rechtsverhältnis"                                                      | 38 |
| 652   | Materiell-rechtlicher Anspruch des Arbeitgebers                                       | 39 |
| 6521  | Polizeirechtlicher Charakter der einstweiligen Verfügung                              | 39 |
| 65211 | Das historische Argument                                                              | 40 |
| 65212 | Das Antragserfordernis                                                                | 41 |

|         |                                                                                 |    |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------|----|
| 6522    | Zweck der einstweiligen Verfügung                                               | 42 |
| 6523    | Ergebnis                                                                        | 43 |
| 653     | Der Verfügungsanspruch                                                          | 44 |
| 6531    | Gegenstand der Rechtswidrigkeitsprüfung des<br>Arbeitskampfes                   | 44 |
| 6532    | Einstweilige Verfügung in tarifvertrags-<br>widrigen Arbeitskämpfen             | 46 |
| 65321   | Tarifvertragswidrigkeit und Tarifvertrags-<br>gesetzwidrigkeit                  | 46 |
| 65322   | Einstweiliger Rechtsschutz vertraglicher<br>Ordnungen                           | 46 |
| 65323   | Funktionen des Tarifvertrages                                                   | 48 |
| 65324   | Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung                                   | 49 |
| 653241  | Die tarifliche Differenzierung                                                  | 49 |
| 653242  | Verstoß gegen die Friedenspflicht                                               | 51 |
| 6532421 | Arbeitskampf - tarifvertraglicher Rechts-<br>oder Regelungsstreit?              | 52 |
| 6532422 | Einstweilige Verfügung gegen Massenänderungs-<br>kündigung                      | 53 |
| 6533    | Einstweilige Verfügung in verbandswidrigen<br>Arbeitskämpfen                    | 59 |
| 6534    | Einstweilige Verfügung in deliktischen<br>Arbeitskämpfen                        | 60 |
| 65341   | Einstweilige Verfügung wegen Verletzung der<br>§§ 823 I, 1004 BGB               | 60 |
| 653411  | Der Arbeitskampf, das Recht am Gewerbebetrieb<br>und die Entschließungsfreiheit | 61 |
| 653412  | Das Problem der Rechtswidrigkeit                                                | 66 |
| 6534121 | Indikationswirkung und Streik                                                   | 66 |

# VI

Seite

|          |                                                                                                                       |    |
|----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 6534122  | Kritik                                                                                                                | 67 |
| 65341231 | Inhalt der Lehre von der Sozialadäquanz                                                                               | 68 |
| 65341232 | Rechtliche Einordnung der Sozialadäquanz                                                                              | 69 |
| 65341233 | Kritik an der Lehre von der Sozialadäquanz                                                                            | 70 |
| 65341234 | Schlußfolgerung                                                                                                       | 73 |
| 6534124  | Feststellung der Rechtswidrigkeit                                                                                     | 74 |
| 653413   | Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung                                                                         | 75 |
| 653414   | Verantwortlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers<br>im unerlaubten Arbeitskampf                                         | 76 |
| 653415   | Einstweilige Verfügung im Arbeitskampf um<br>neuartige tarifpolitische Forderungen                                    | 77 |
| 6534151  | Politische Funktion der Arbeitsgerichtsbarkeit                                                                        | 80 |
| 6534152  | Schlußfolgerung                                                                                                       | 81 |
| 6534153  | Ergebnis                                                                                                              | 82 |
| 653416   | Kann ein kampfunteteiligter Unternehmer eine<br>einstweilige Verfügung gegen eine kämpfende<br>Gewerkschaft erwirken? | 82 |
| 653417   | Einstweilige Verfügung bei einer Vertrags-<br>verletzung als unerlaubter Handlung                                     | 84 |
| 65342    | Einstweilige Verfügung wegen Verletzung<br>des § 823 II BGB                                                           | 87 |
| 6535     | Einstweilige Verfügung im sittenwidrigen<br>Arbeitskampf                                                              | 87 |
| 6536     | Einstweilige Verfügung gegen strafbare<br>Arbeitskämpfe                                                               | 89 |
| 65361    | Der Arbeitskampf als Nötigung                                                                                         | 90 |
| 653611   | Die Tatbestandsvoraussetzungen                                                                                        | 90 |
| 653612   | Die Praktikabilität                                                                                                   | 91 |
| 65362    | Der Arbeitskampf als Erpressung                                                                                       | 92 |

# VII

## Seite

|        |                                                                                                                                                 |     |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 653621 | Die Tatbestandsvoraussetzungen                                                                                                                  | 92  |
| 653622 | Die Praktikabilität                                                                                                                             | 94  |
| 6537   | Einstweilige Verfügung gegen sog. verfassungs-<br>gefährdende Arbeitskämpfe und Arbeitskämpfe<br>in lebenswichtigen Betrieben und Berufszweigen | 94  |
| 65371  | Verfassungsgefährdende Arbeitskämpfe                                                                                                            | 94  |
| 653711 | Begriff und Stoßrichtung                                                                                                                        | 94  |
| 653712 | Ergebnis                                                                                                                                        | 95  |
| 65372  | Arbeitskämpfe in lebenswichtigen Betrieben<br>und Berufszweigen                                                                                 | 95  |
| 653721 | Meinungsstand                                                                                                                                   | 95  |
| 653722 | Rechtswidrigkeitsprüfung                                                                                                                        | 96  |
| 653723 | Ergebnis                                                                                                                                        | 98  |
| 6538   | Einstweilige Verfügung in arbeitsvertragswidrigen<br>Arbeitskämpfen                                                                             | 99  |
| 65381  | Spannungsverhältnis zwischen Kollektiv- und<br>Individualarbeitsrecht                                                                           | 99  |
| 65382  | Die Einheitstheorie                                                                                                                             | 100 |
| 65383  | Vereinbarkeit von Individual- und<br>Kollektivarbeitsrecht                                                                                      | 100 |
| 653831 | Schlußfolgerung                                                                                                                                 | 101 |
| 653832 | Ergebnis                                                                                                                                        | 102 |
| 65384  | Unanwendbarkeit der einstweiligen Verfügung                                                                                                     | 103 |
| 6539   | Einstweilige Verfügung in wilden Streiks                                                                                                        | 103 |
| 65391  | Die herrschende Meinung und deren Argumentation                                                                                                 | 103 |
| 65392  | Kritik                                                                                                                                          | 105 |
| 653921 | Das historische Argument                                                                                                                        | 106 |
| 653922 | Die Faktizität                                                                                                                                  | 107 |

## VIII

|        |                                                                                                                             | Seite |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 653923 | Berechtigung eigenen Interessenschutzes durch die Arbeitnehmer                                                              | 107   |
| 653924 | Verfassungsrechtliche Gewährleistung des wilden Streiks                                                                     | 110   |
| 653925 | Schlußfolgerung                                                                                                             | 110   |
| 65393  | Das Problem der Einzelarbeitsvertragswidrigkeit                                                                             | 111   |
| 653931 | Einheitliche Betrachtung eines Lebensvorganges                                                                              | 111   |
| 653932 | Schlußfolgerung                                                                                                             | 113   |
| 65394  | Ergebnis                                                                                                                    | 113   |
| 654    | Beschränkungen des Verfügungsanspruchs einstweiliger Verfügungen im Arbeitskampf aufgrund der Rechtswidrigkeitsproblematik? | 113   |
| 6541   | <b>Bedenken und Meinungsstand</b>                                                                                           | 113   |
| 6542   | Eigene Stellungnahme                                                                                                        | 115   |
| 655    | Die Notwendigkeit der Regelung                                                                                              | 117   |
| 6551   | Verhältnis zum Rechtsschutzbedürfnis                                                                                        | 117   |
| 6552   | Rechtliche Einordnung                                                                                                       | 118   |
| 65521  | Meinungsstand                                                                                                               | 118   |
| 65522  | Eigene Stellungnahme                                                                                                        | 119   |
| 65523  | Schlußfolgerung                                                                                                             | 121   |
| 656    | Die allgemeine Behauptungs- und Beweisproblematik im einstweiligen Verfügungsverfahren                                      | 122   |
| 657    | Der Verfügungsgrund                                                                                                         | 124   |
| 6571   | Der "wesentliche Nachteil" beim Arbeitskampf                                                                                | 125   |
| 6572   | Schadenshöhe, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und existentielle Not als Beurteilungsmaßstäbe                              | 125   |

|        | Seite                                                                                                         |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6573   | Die Glaubhaftmachung 128                                                                                      |
| 6574   | Sicherheitsleistung statt Glaubhaftmachung 128                                                                |
| 6575   | Die "Konkurrenz"-Argumentation Hoffmanns 129                                                                  |
| 65751  | Problematik der Polizeiverfügung 130                                                                          |
| 657511 | Darstellung 130                                                                                               |
| 657512 | Eigene Stellungnahme 131                                                                                      |
| 65752  | Problematik der Selbsthilfe 131                                                                               |
| 657521 | Argumentation Brändels 132                                                                                    |
| 657522 | Kritik 132                                                                                                    |
| 658    | Die "Dringlichkeit" einer einstweiligen<br>Regelung 133                                                       |
| 66     | Voraussetzungen des einstweiligen Rechts-<br>schutzes gegen die Gewerkschaft bei drohen-<br>dem Streik 134    |
| 661    | bei vertraglichen Ansprüchen 134                                                                              |
| 662    | bei sonstigen Ansprüchen 135                                                                                  |
| 67     | Vollziehung und Vollstreckung 136                                                                             |
| 671    | Vollziehung 136                                                                                               |
| 672    | Vollstreckung 137                                                                                             |
| 68     | Einstweiliger Rechtsschutz gegen die einzelnen<br>Arbeitnehmer 138                                            |
| 681    | Zur Sicherung des arbeitsvertraglichen Erfüllungs-<br>anspruchs auf künftige Arbeitsleistung 138              |
| 682    | Zur Sicherung des arbeitsvertraglichen Anspruchs<br>auf Unterlassung der Streikteilnahme 140                  |
| 683    | Zur Sicherung einer negatorischen Unterlassungs-<br>klage gegen die Streikteilnahme 141                       |
| 684    | Zur Sicherung einer quasinegatorischen Unterlassungs-<br>klage gegen die Streikteilnahme der Arbeitnehmer 142 |

|     |                                                                    |     |
|-----|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 69  | Vorläufiger Rechtsschutz gegen die Streikleitung                   | 142 |
| 691 | Zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs aus dem Arbeitsverhältnis | 142 |
| 692 | Actio negatoria und quasi negatoria                                | 143 |
| D)  | Schluß <b>betrachtung</b>                                          | 144 |
| E)  | Thesenartige Zusammenfassung                                       | 145 |

LITERATURVERZEICHNIS

- |                      |                                                                                                                                                        |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Abendroth            | Innengewerkschaftliche Willensbildung, Urabstimmung und "Kampfmaßnahme", AuR 1959, 261                                                                 |
| Adomeit              | Zur Theorie des Tarifvertrages, RdA 1967, 297                                                                                                          |
| Adomeit              | Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969                                                                                                      |
| Arens                | Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 1970, 392                                                                                    |
| Auffarth - Schönherr | Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1965                                                                                                                     |
| Bauer                | Der Wechsel der Verfahrensart in der Arbeitsgerichtsbarkeit, zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur des Beschlußverfahrens, Diss. Erlangen-Nürnberg 1967 |
| Baumann              | Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung, Bemerkungen zur Sozialadäquanz und zur Plenarentscheidung des BGH v. 4. 3. 1957, MDR 1957, 646         |
| Baumbach-Hefermehl   | Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, I. Bd. Wettbewerbsrecht, 10. Aufl., München 1971                                                                   |
| Baumbach-Lauterbach  | Zivilprozeßordnung, 30. Auflage München 1970                                                                                                           |
| Baumgärtel           | Besprechung zu Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, AcP 168, 401                                                                              |
| Baur                 | Sozialer Ausgleich durch Richterspruch, JZ 1957, 193                                                                                                   |
| Baur                 | Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, 607                                                                    |
| Baur                 | Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967                                                                                                  |
| Bernert              | Zur Lehre von der "sozialen Adäquanz" und der "sozialadäquaten Handlungen", Marburg 1966                                                               |

- Bertele                      Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung,  
Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht,  
Bd. 9 Heidelberg 1960
- Bettermann                Die allgemeinen Gesetze als Schranken der  
Pressefreiheit, JZ 1964, 601
- Biedenkopf                Grenzen der Tarifaautonomie,  
Karlsruhe 1964
- Bitzer                      Das Verfahren in Arbeitssachen,  
Köln-Deutz 1956
- Blomeyer, Arwed            Zivilprozeßrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963
- Blomeyer, Jürgen            Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründet-  
heit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung  
eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung,  
ZZP 81, 20 ff
- Blomeyer, Karl             Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65, 52 ff
- Bobrowski-Gaul            Das Arbeitsrecht im Betrieb,  
6. Auflage Heidelberg 1970
- Boehmer                    Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch,  
Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamt-  
rechtsordnung,  
Tübingen 1950
- Bötticher                  Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht,  
Berlin 1964  
(zitiert: Gestaltungsrecht)
- Bötticher                  Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertrags-  
parteien, Heidelberg 1966  
(zitiert: Einrichtungen)
- Bötticher                  Regelungsstreitigkeiten,  
Festschrift für Lent (1957), S. 89 ff
- Bötticher                  Zur Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen,  
BB 1957, 621
- Brändel                    Einstweilige Friedensregelungen in kollektiven  
Arbeitsrechtsstreitigkeiten, Diss. Hamburg 1960

### XIII

- |               |                                                                                                                       |
|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Brandner      | Streik und gewerkschaftliche Autonomie,<br>BB 1957, 1281 ff                                                           |
| Brecher       | Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953                                                                       |
| Bretschneider | Lohnpolitik und konzertierte Aktion,<br>Der Standpunkt der Arbeitgeberverbände,<br>GwM Nr. 6, 1969, 333               |
| Brox-Rüthers  | Arbeitskampfrecht,<br>Stuttgart 1965                                                                                  |
| Bruns         | Zivilprozeßrecht,<br>Berlin und Frankfurt 1968                                                                        |
| Bührig        | Rechtswidrigkeit, Verbandswidrigkeit und<br>Streikrecht,<br>AuR 1958, 373                                             |
| Bührig        | Irrationale Momente in der Rechtsprechung<br>des Bundesarbeitsgerichts,<br>AuR 1959, 268                              |
| Bulla         | Urteilsanmerkung zu LAG Frankfurt<br>v. 18. 9. 1950,<br>RdA 1950, 431                                                 |
| Bulla         | Das zweiseitig kollektive Wesen des<br>Arbeitskampfes,<br>Festschrift für Nipperdey (1955), S. 163 ff                 |
| Bulla         | Der Begriff der "Kampfmaßnahme" im<br>Arbeitskampfrecht,<br>Teil I, DB 1959, 542<br>Teil II, DB 1959, 571             |
| Bulla         | Das Prinzip der Sozialadäquanz im<br>Arbeitsrecht,<br>RdA 1962, 6                                                     |
| Bulla         | Soziale Selbstverwaltung der Sozialpartner<br>als Rechtsprinzip,<br>Festschrift für Nipperdey (1965)<br>II. Bd. S. 79 |

- von Caemmerer      Wandlungen des Deliktsrechts,  
Festschrift "Hundert Jahre Deutsches Rechts-  
leben", 1960, Bd. II, S. 49 ff
- Capodistrias      Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung,  
Festschrift für Nipperdey (1965),  
II. Bd. S. 105 ff
- Cohn      Kann der rechtskräftig abgelehnte Antrag auf  
Anordnung eines Arrestes oder Erlaß einer einst-  
weiligen Verfügung auf Grund desselben Sach-  
verhalts unter besserer Glaubhaftmachung er-  
neut gestellt werden?  
JW 1915, 1421 ff
- Dersch-Volkmar      Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Aufl.,  
Berlin und Frankfurt 1955
- Diekhoff      Einstweilige Verfügung bei Vertragsbruch  
des Arbeitnehmers,  
AuR 1956, 353
- Dietz      Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung  
und Delikt, Bonn und Köln 1934  
(zitiert: Anspruchskonkurrenz)
- Dietz      Streiks zur Durchsetzung von arbeitsvertrag-  
lichen Ansprüchen,  
Beiträge zu Problemen des neuzeitlichen  
Arbeitsrechts,  
Festschrift für Herschel, Stuttgart 1955, S. 47
- Dietz      Friedenspflicht und Arbeitskampfrecht,  
JZ 1959, 425
- Dietz      Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht  
(Rechtsgutachten) in Weber-Scheuner-Dietz  
Berlin und Frankfurt 1961  
(zitiert: Koalitionsfreiheit)
- Dietz      Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl.,  
München und Berlin 1967
- Dietz-Nikisch      Arbeitsgerichtsgesetz,  
München und Berlin 1954

- Doerk Der Streik als unerlaubte Handlung im Sinne des § 826 BGB, Düsseldorf 1954
- Drews-Wacke Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin-Köln-München-Bonn 1961
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., 2. Bd. Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 15. Aufl., Tübingen 1959
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., 1. und 2. Bd. Münster/Westfalen 1967
- Esser Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Schuldrecht, Bd. II Bes. Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969
- Eyermann-Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1971
- Faupel Streikverbot durch einstweilige Verfügung, DB 1971, 816
- Feller Die Ansprüche des Arbeitgebers gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer und die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung, RdA 1963, 128
- Fikentscher Schuldrecht, Berlin 1969
- Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, Berlin und München 1958  
(zitiert: Wettbewerb)
- Fitting-Kraegeloh-Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., Auffarth Berlin und Frankfurt 1970
- Flatow-Joachim Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1928

## XVI

- |                      |                                                                                                     |
|----------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Galperin             | Die autonome Rechtsetzung im Arbeitsrecht,<br>Festschrift für Molitor 1962, S. 143                  |
| Gamillscheg          | Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit,<br>Berlin 1966                             |
| Gamillscheg          | Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 1970<br>(zitiert: Arbeitsrecht)                                     |
| van Gelder           | Die Wirkung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen<br>AuR 1969, 207                                     |
| van Gelder-Leinemann | Die Streikbeteiligung des organisierten und des<br>nichtorganisierten Arbeitnehmers,<br>AuR 1970, 1 |
| Georgiades           | Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im<br>Zivilprozeßrecht, München 1968                      |
| Grewe                | Urteilsanmerkung zu LAG Frankfurt<br>v. 18. 9. 1950 (RdA 1950, 427),<br>JZ 1951, 182 ff             |
| Grunsky              | Streik und Zurückbehaltungsrecht,<br>BAGE 15, 174<br>JuS 1967, 60                                   |
| Grunsky              | Grundlagen des Verfahrensrechts,<br>Bielefeld 1970                                                  |
| Grunsky              | Prozeß- und Sachurteil,<br>ZZP 80, 55                                                               |
| Güthe                | Voraussetzung und Inhalt der antizipierten<br>Zwangsvollstreckung,<br>ZZP 24, 346 ff                |
| Haßkamp              | Schadensersatzverpflichtung einzelner<br>Arbeitnehmer beim Streik,<br>Diss. Köln 1966               |
| Heck                 | Grundriß des Schuldrechts,<br>Tübingen 1929                                                         |

- Heckelmann Die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf,  
AuR 1970, 166
- Henke Das subjektive öffentliche Recht auf  
Eingreifen der Polizei  
DVBl. 1964, 649
- Hessel Probleme des Streikrechts,  
BB 1951, 85
- Hessel nochmals; Arbeitskampfbegriff und  
Friedenspflicht,  
BB 1959, 1310
- Hessel Einstweilige Verfügung bei Arbeitskämpfen,  
DB 1967, 2071
- Hirsch Soziale Adäquanz und Unrechtslehre,  
ZStrW 74, 78 ff, 132 ff
- Hoeniger Einige Gedanken zum Recht des Arbeits-  
kampfes,  
RdA 1953, 204
- Hoeniger Streik und Arbeitsvertrag - Versuch einer  
Synthese von Individualrecht und  
Kollektivrecht,  
BB 1955, 37 ff
- Hoffmann Einstweilige Verfügungen gegen Streiks?  
AuR 1968, 33 ff
- Hofmann Arbeitskampf und Arbeitslosenversicherung,  
Rechtsprobleme des § 84 AVAVG,  
Diss. Würzburg 1967
- Hohenester Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick  
auf die Arbeitsniederlegung als solche,  
München 1956
- Hueck-Nipperdey-  
Säcker Lehrbuch des Arbeitsrechts,  
II. Bd. Kollektives Arbeitsrecht,  
2. Halbbd. 7. Aufl.  
Berlin und Frankfurt 1970

XVIII

- Hueck-Nipperdey Kollektives Arbeitsrecht,  
2. Bd. 1. Halbbd. 7. Aufl. ,  
Berlin und Frankfurt 1967
- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts,  
2. Bd. , 6. Aufl.  
Berlin und Frankfurt 1957
- Hueck-Nipperdey Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl. ,  
Berlin und Frankfurt 1970  
(zitiert: Grundriß)
- Hueck Probleme des Streikrechts,  
RdA 1956, 201
- Hueck Die Bedeutung des Notstandsrechts für  
das Arbeitskämpfrecht,  
RdA 1968, 430 ff
- Isele Urteilsanmerkung zu LAG Mainz  
v. 15.2.1962,  
SAE 1963, 164 ff
- Jauernig Der zulässige Inhalt einstweiliger  
Verfügungen,  
ZfP 79, 321 ff
- Jauernig Warum keine Verbindung von Prozeß-  
und Sachabweisung?,  
JZ 1955, 235
- Kaiser Der politische Streik, 2. Aufl. ,  
Berlin 1959
- Kaskel Die neue Arbeitsgerichtsbarkeit,  
Berlin 1927
- Kaskel Arbeitsrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. ,  
Berlin 1928
- Kauffmann Die Einwirkung des Streiks auf den  
Arbeitsvertrag,  
DB 1951, 466 ff

## XIX

|              |                                                                                                                                                     |
|--------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Katzenberger | Recht am Unternehmen und unlauterer Wettbewerb, Diss. München 1966                                                                                  |
| Kiesel       | Die einstweilige Verfügung in Streiksachen, ArbR 1927, 716 ff                                                                                       |
| Kim          | Das Streikpostenstehen als rechtmäßiges oder rechtswidriges Verhalten gegenüber dem bestreikten Arbeitgeber, Marburg 1969                           |
| Koebel       | Einstweilige Verfügungen und Pressefreiheit, NJW 1967, 321                                                                                          |
| Konzen       | Übernahme und Unterstützung wilder Streiks durch Gewerkschaften - zugleich ein Beitrag zur Theorie vom einheitlichen Streikgeschehen, ZfA 1970, 159 |
| Kraft        | Das sogenannte einheitliche Geschehen des Streiks und seine Rechtswidrigkeit, RdA 1968, 434 ff                                                      |
| Krüger       | Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. DJT Bd. I                                               |
| Larenz       | Die Haftung für Schaden und Bereicherung, Vertrag und Unrecht, 2. Teil, Hamburg 1937 (zitiert: Vertrag)                                             |
| Larenz       | Das "allgemeine Persönlichkeitsrecht" im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, 521                                                            |
| Larenz       | Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd. Bes. Teil, 9. Aufl., München 1968                                                                                 |
| Lehmann      | Der alte und der neue Polizeibegriff, Diss. Heidelberg 1937                                                                                         |
| Leinermann   | Der Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, Marburg 1969                                                                                        |

- Leipholz-Rupprecht Bundesverfassungsgerichtsgesetz,  
Köln 1968
- Lent-Jauernig Zivilprozeßrecht, 15. Aufl.,  
München 1970
- Leonhard Besonderes Schuldrecht des BGB,  
2 Bd., München und Leipzig 1931
- Lerche Verfassungsrechtliche Zentralfragen  
des Arbeitskampfes,  
Bad Homburg v. d. H. - Berlin - Zürich 1968
- Löwisch Der Deliktsschutz relativer Rechte,  
Berlin 1970
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz,  
I. Bd., 2. Aufl., 1957
- Markmann Gewerkschaften und Wirtschaftsplanung,  
Gewerkschaftliche Umschau, herausgegeben  
von der IG Chemie, Papier, Keramik,  
Hannover, 11. Jahrgang Nr. 9, 1967, S. 186
- Markmann Unbegrenzte Symetrie,  
Der Arbeitgeber Nr. 21, 1967, 619
- Martens Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln,  
JuS 1962, 245 ff
- Maunz-Dürig-Herzog Kommentar zum Grundgesetz,  
München 1969
- Maurach Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl.,  
Karlsruhe 1969
- Mayer-Maly Urteilsanmerkung zu BAG AP Nr. 32  
zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- Mayer-Maly Urteilsanmerkung zu BAG AP Nr. 37  
zu Art. 9 GG Arbeitskampf
- Mayer-Ule Staats- und Verwaltungsrecht in  
Rheinland-Pfalz,  
Stuttgart 1969

- Mebus                      System der Schadensersatzansprüche  
beim Streik,  
Diss. Mainz 1970
- Meissinger                Koalitionsrecht - ein Mittel zum Zweck  
der sozialen Selbstverwaltung,  
AuR 1954, 65
- Meissinger                Die Rechtsquellen der sozialen Selbst-  
verwaltung,  
AuR 1954, 134
- Meissinger                Aufgaben und Ziele der sozialen  
Selbstverwaltung,  
AuR 1955, 200
- Mertz                      Streik und Strafrecht,  
Arbeitsrecht-Blattei,  
Arbeitskampf VI
- Mestmäcker              Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in  
der ungerechtfertigten Bereicherung,  
JZ 1958, 521
- von Mohl                  Die Polizei-Wissenschaft nach den Grund-  
sätzen des Rechtsstaates,  
1. und 2. Bd., 2. Aufl.,  
Tübingen 1844
- Müller-Meissinger        Probleme des Koalitionsrechtes in der sozialen  
Selbstverwaltung, herausgegeben von der Ver-  
einigung bayrischer Arbeitgeberverbände und  
dem DGB/LB Bayern, München 1953
- Müller                    Grundfragen des Streikrechts,  
RdA 1951, 247
- von Münch                Der Streik in kommunalen Versorgungs-  
unternehmen in öffentlich-rechtlicher Sicht,  
DÖV 1960, 294
- Münzberg                Verhalten und Erfolg als Grundlagen der  
Rechtswidrigkeit und Haftung,  
Frankfurt 1966

- Neudel Kann eine Massenänderungskündigung eine Kampfmaßnahme sein?  
AuR 1968, 321
- Neumann Konkurrenz zwischen zivil- und polizeirechtlichen Ansprüchen und der Einfluß der polizeilichen auf die prozeßrechtliche einstweilige Verfügung, ZZP 59, 321
- Neumann-Duesberg Streikbegriff, Streikarten und Zulässigkeitskriterien des wilden Streiks,  
BB 1963, 1442 ff
- Neumann-Duesberg Vorbeugungsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft bei drohendem unzulässigem Streik,  
BB 1964, 51
- Niese Streik und Strafrecht,  
1954
- Nikisch Arbeitsrecht, I. Bd., 3. Aufl.,  
Tübingen 1961
- Nikisch Arbeitsrecht, II. Bd., 2. Aufl.,  
Tübingen 1959
- Nikisch Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts,  
Schriftenreihe Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände,  
Heft 1, Köln 1951  
(zitiert: Rechtsgutachten)
- Nikisch Anmerkung zur Entscheidung des GS des BAG v. 28. I. 1955,  
SAE 1956, 10 ff
- Nipperdey Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind,  
Schriftenreihe Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9, Köln 1953  
(zitiert: Zeitungsstreikgutachten)

- Nipperdey Der Arbeitskampf als unerlaubte Handlung,  
Festschrift für Sitzler (1956) S. 79
- Nipperdey Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz,  
Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht,  
NJW 1957, 1777
- Nipperdey Tatbestandsaufbau und Systematik der  
deliktischen Grundtatbestände,  
NJW 1967, 1985 ff
- Oehmann Einstweilige Verfügung auf Rückkehr auf  
den Arbeitsplatz?  
DB 1963, 1644
- Oertmann Kommentar zum BGB, Das Recht der  
Schuldverhältnisse, 2. Aufl.,  
Berlin 1906
- Ortmann Einstweilige Verfügungen im Arbeits-  
kampfrecht,  
Diss. Köln 1930
- Osswald Der Streik und die ihm durch das  
Strafrecht gezogenen Grenzen,  
Schriftenreihe der Bundesvereinigung der  
Deutschen Arbeitgeberverbände,  
Heft 11, Köln 1954
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 30. Aufl.,  
München 1971
- Pastor Die Unterlassungsvollstreckung nach  
§ 890 ZPO,  
Köln-Berlin-Bonn-München 1969
- Peters Der Arrest und die einstweiligen Ver-  
fügungen nach preußischem Recht,  
Berlin 1884
- Planck Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl.,  
Berlin 1907
- Pohle Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis,  
Festschrift für Lent,  
München und Berlin 1957, S. 195 ff

- Promberger      Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag,  
München 1967
- Quaritsch      Die einstweilige Anordnung im Verwaltungs-  
prozeß,  
VerwArch 51, 210 ff und 342 ff
- Raiser      Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht  
im Deutschen Zivilrecht,  
JZ 1961, 465
- Rajewsky      Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik,  
Frankfurt 1970
- Ramm      Die Parteien des Tarifvertrages,  
Stuttgart 1961  
(zitiert: Parteien)
- Ramm      Die Freiheit der Willensbildung -  
ein Grundprinzip der Rechtsordnung,  
NJW 1962, 465
- Ramm      Kampfmaßnahme und Friedenspflicht  
im deutschen Recht,  
Stuttgart 1962  
(zitiert: Kampfmaßnahme)
- Ramm      Der Streik als unerlaubte Handlung,  
AuR 1964, 321
- Ramm      Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts,  
JZ 1964, 582
- Ramm      Arbeitskampf und Gesellschaftsordnung  
des Grundgesetzes,  
Stuttgart 1965  
(zitiert: Gesellschaftsordnung)
- Ramm      Sozialadäquanztheorie und sozialer Rechtsstaat,  
AuR 1966, 161
- Ramm      Die Anerkennung des Streikrechts,  
AuR 1967, 97 ff
- Ramm      Der nichtgewerkschaftliche Streik,  
II. Teil, AuR 1971, 97

- Rehbinder Die Rechtsnatur des Tarifvertrages,  
JR 1968, 167
- Reisch Streik und Polizei,  
Diss. Mainz 1958
- Reuss Aktuelle Arbeitskampf Fragen,  
DB 1965, 817
- Reuss Ein Lehrbuch des Arbeitsrechts,  
AuR 1971, 265
- Reuss Friedenspflicht und Kampfmaßnahme,  
AuR 1960, 289
- Reuss Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe,  
Juristenjahrbuch, 4. Bd., 1963/64  
S. 163 ff  
(zitiert: Juristenjahrbuch)
- Reuss Einige Gedanken zur Beschränkung  
der Arbeitskampffreiheit,  
Festschrift C. Heymann "Recht im Wandel"  
1965, 254 ff
- Reuss nochmals: Rechtswirkungen der Aussperrung,  
AuR 1969, 205
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch,  
I. Bd. 2. Teil, 11. Aufl.,  
Berlin 1960
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch,  
II. Bd., 2. Teil, 11. Aufl.,  
Berlin 1960
- Richardi Kollektivgewalt und Individualwille  
bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses,  
München 1968
- Rimmelpacher Zur Prüfung von Amtswegen im Zivilprozeß,  
Göttingen 1966
- Rohmeyer Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen  
Anordnung im Verwaltungsprozeß, Schriften  
zum Prozeßrecht, Bd. 7, Berlin o.J.

- Rosenberg                      Nachrichtendienst DGB, Bd. XXIII,  
Jahrgang 17, 1967, 181
- Rosenberg                      Lehrbuch des Deutschen Zivilrechts,  
9. Aufl. ,  
München und Berlin 1961
- Rosenberg-Schwab            Zivilprozeßrecht, 10. Aufl. ,  
München 1969
- Rosenberg                      Die Beweislast, 5. Aufl. ,  
München und Berlin 1965  
(zitiert: Beweislast)
- Rüthers                        Streik und Verfassung, 1960
- Rüthers                        Die Spannung zwischen individualrechtlichen  
und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im  
Arbeitskampfrecht,  
AuR 1967, 129
- Rüthers                        Arbeitskampf und Notstandsverfassung,  
DB 1968, 1948 ff
- Rüthers                        Rechtsprobleme des "tarifbezogenen"  
wilden Streiks,  
DB 1970, 210
- Säcker                         Gewerkschaft und wilder Streik,  
BB 1971, 962
- Säcker                         Grundprobleme der kollektiven Koalitions-  
freiheit,  
Düsseldorf 1969
- Schell                         Notdienstarbeiten im Streik,  
BB 1969, 1179
- Scheuerle                      Das Wesen des Wesens,  
AcP 163, 429
- Schiller                        Reden zur Wirtschaftspolitik 6,  
herausgegeben vom Referat: Presse und  
Information des Bundesministeriums für  
Wirtschaft

- Schmidt-Bleibtreu-Klein      Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1969
- Schmincke-Sell                Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Stuttgart 1928
- Schnorr                         Der Streik als unerlaubte Handlung i. S. d. § 826 BGB, RdA 1955, 223
- Schnorr                         Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 1966, 327
- Schnorr von Carolsfeld        Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954
- Schönke-Baur                 Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 7. Aufl., Karlsruhe 1963; 8. Aufl., Karlsruhe 1969
- Schönke-Kuchinke             Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969
- Schönke-Schröder-Niese       Ein Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, Karlsruhe 1956
- Schönke-Schröder             Strafgesetzbuch, 15. Aufl., München 1970
- Schröder                        Streik und Strafrecht, BB 1953, 1015
- Schuler                         Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, NJW 1959, 1801
- Schulte                         Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Frankfurt 1929
- Schumann                        Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81, 79

- Siebrecht                      Das Recht im Arbeitskampf,  
Schriftenreihe der Bundesvereinigung  
der Deutschen Arbeitgeberverbände,  
Heft 14, Köln 1956
- Sinzheimer                    Grundzüge des Arbeitsrechts,  
2. Aufl., Jena 1927
- Söllner                        Arbeitsrecht, 2. Aufl.,  
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971
- Söllner                        Zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungs-  
befugnis der Tarifvertragsparteien,  
AuR 1966, 257
- Soergel-Siebert              Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3,  
Schuldrecht II, 10. Aufl.  
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
- Soergel-Siebert              Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 4,  
Sachenrecht, 10. Aufl.,  
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
- Staudinger                    Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse,  
Teil 1 c, Berlin 1967
- Staudinger                    Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,  
II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse,  
3. Teil  
Berlin 1958
- Stein                          Die rechtliche Beurteilung von Arbeits-  
kämpfen in lebenswichtigen Betrieben,  
Diss. Münster 1967
- Stein-Jonas                    Kommentar zur Zivilprozeßordnung,  
1. Bd. 18. Aufl. Tübingen 1953
- Stein-Jonas                    Kommentar zur Zivilprozeßordnung,  
2. Bd. 18. Aufl. Tübingen 1956
- Stein-Juncker                Grundriß des Zivilprozeßrechts und des  
Konkursrechts, 3. Aufl.,  
Tübingen 1928

## XXIX

|              |                                                                                                  |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Stern        | Arrest und einstweilige Verfügungen nach der Deutschen Zivilprozeßordnung, 1912                  |
| Thomanek     | Die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf, BB 1971, 1207                                        |
| Thomas-Putzo | Zivilprozeßordnung, 5. Aufl., München 1971                                                       |
| Tillmann     | Politischer Streik und Verfassung, 1958                                                          |
| Triebel      | Die Tätigkeit der Gerichte für Arbeits-sachen im Jahr 1968,<br>RdA 1970, 18                      |
| Ule          | Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. I,<br>2. Halbbd., 2. Aufl.,<br>Köln-Berlin-München-Bonn 1962     |
| Ule-Rasch    | Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht,<br>Bd. III, 1. Halbbd.,<br>Köln-Berlin-Bonn-München 1968 |
| Vetter       | Wie kann "die soziale Symetrie" verwirklicht werden?<br>Der Volkswirt 1969 Nr. 28 S. 24          |
| Weber        | Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem,<br>Berlin 1965                     |
| Weismann     | Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes,<br>II. Bd.,<br>Stuttgart 1905                                   |
| Weitnauer    | Rechtmäßigkeit und rechtliche Folgen des "wilden" Streiks, DB 1970, 1639                         |
| Weller       | Massenänderungskündigung und Kampfparität,<br>AuR 1967, 76                                       |
| Welzel       | Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl.,<br>Berlin 1969                                               |

- |            |                                                                                                                        |
|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Welzel     | Studien zum System des Strafrechts,<br>ZStrW 58 (1939) S. 491                                                          |
| Wenzel     | Die einstweilige Verfügung gegen ver-<br>tragsbrüchige Arbeitnehmer,<br>DB 1966, 2024 ff                               |
| Wieczorek  | Zivilprozeßordnung, Bd. IV, Teil 2,<br>Berlin 1958                                                                     |
| Wiese      | Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts<br>im Schleswig-Holsteinischen Metall-<br>arbeitsstreik,<br>BB 1959, 736          |
| Wiethölter | Rechtswissenschaft,<br>Frankfurt und Hamburg 1968                                                                      |
| Wolf       | Der praktische Fall,<br>Bürgerliches Recht: Die anstößige<br>Illustrierte,<br>JuS 1968, 77                             |
| Wolf       | Das Recht am eingerichteten und aus-<br>geübten Gewerbebetrieb,<br>Festschrift für Fritz von Hippel,<br>1967 S. 665 ff |
| Wolff      | Verwaltungsrecht I, 7. Aufl.,<br>München 1968                                                                          |
| Zacher     | Der Ärztestreik als Rechtsproblem,<br>Zeitschrift für Sozialreform 1966, 294                                           |
| Zeuner     | Arbeitskampf und einstweilige Verfügung,<br>RdA 1971, 1                                                                |
| Zöllner    | Die Rechtsnatur der Tarifnormen<br>nach deutschem Recht,<br>Wien 1966                                                  |
| Zöllner    | Arbeitsrecht und Politik,<br>DB 1970, 54                                                                               |

## A) PROBLEMSTELLUNG

Das Anliegen der Arbeit ist eine Untersuchung, ob überhaupt und wenn ja, wann, mit welchem Inhalt und unter welchen Voraussetzungen der Erlaß einer einstweiligen Verfügung in einem Streik möglich ist. <sup>1)</sup>

Die Beschränkung auf die einstweilige Verfügung gegen den Streik erscheint angebracht, da es die Angriffsaussperrung gegenwärtig praktisch nicht gibt und in den letzten Jahren keine gerichtliche Entscheidung, in der eine Angriffsaussperrung durch einstweilige Verfügung verboten worden ist, bekannt geworden ist.

Die Problemstellung der Arbeit sollen einige Fälle veranschaulichen:

1. Ein Arbeitgeber beantragt beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung. Er trägt vor, in seinem Betrieb werde gestreikt. Dadurch werde in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb rechtswidrig eingegriffen.

Wird der Richter die beantragte einstweilige Verfügung erlassen?

2. Zur Begründung seines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung trägt der Arbeitgeber vor, man streike in seinem Betrieb. Statt der Glaubhaftmachung bietet er Sicherheitsleistung an.

Wird auch hier eine einstweilige Verfügung erlassen werden?

3. Ein Arbeitgeber beantragt eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung eines gewerkschaftlich organisierten Streikes. Er trägt vor, die Gewerkschaft habe beschlossen, eine Streikurabstimmung herbeizuführen.

4. Arbeitgeber und Gewerkschaft befinden sich im Arbeitskampf. Die Aussperrung des Arbeitgebers kann kein Einlenken der Gewerkschaft herbeiführen. Die Existenz des Betriebes wird bei Fortdauer des Arbeitskampfes gefährdet.

Kann der Arbeitgeber eine einstweilige Verfügung erwirken, indem er glaubhaft macht, der Arbeitskampf sei für ihn ruinös?

5. Ein Arbeitskampf in der Stahlerzeugung legt weite Teile der Verarbeitungsindustrie still und droht bei einem dieser Unternehmen zum wirtschaftlichen Zusammenbruch zu führen.

---

1) Die in der Literatur häufig anzutreffende Gleichsetzung des Ausdrucks "Arbeitskampf" mit "Streik" soll trotz ihrer Ungenauigkeit auch im Rahmen dieser Arbeit erfolgen, da durch die Beschränkung der Untersuchung auf den Teilbereich des Streiks eine Mißdeutung ausgeschlossen ist.  
vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II., S. 874 Fußn. 8

Kann dieser Unternehmer eine einstweilige Verfügung unter Berufung auf § 823 Abs. 1 BGB gegen die streikende Gewerkschaft erwirken?

6. Die Gewerkschaft führt einen Arbeitskampf um die Forderung eines sechs-wöchigen <sup>1)</sup> Bildungsurlaubs für alle Arbeitnehmer nach Auslauf des Tarifvertrags. Der Arbeitgeber möchte eine einstweilige Verfügung erwirken. Er trägt vor, diese neuartige tarifliche Forderung beeinträchtige ihn sowohl in seinem Recht am Gewerbebetrieb als auch in seiner Stellung als Unternehmer, da die Kosten sich durch eine solche Forderung ungewöhnlich erhöhen würden.
7. Fast alle Arbeitnehmer eines Betriebszweigs sind mit ihrer Entlohnung nach Firmentarif unzufrieden und kündigen deshalb fristgemäß.
  - a) Kann der Arbeitgeber durch eine einstweilige Verfügung gegenüber jedem Arbeitnehmer die Kündigung unterbinden, indem er geltend macht, hier liege eine tarifwidrige Kampfmaßnahme der Arbeitnehmer vor?
  - b) Kann er mit der gleichen Begründung gegenüber der Gewerkschaft, die die Arbeitnehmer zur Kündigung veranlaßt hatte, eine einstweilige Verfügung erwirken?
8. Eine Industriegewerkschaft bestreikt einen Betrieb, ohne daß eine Urabstimmung stattgefunden hat oder die Urabstimmung die satzungsgemäße Mehrheit der Gewerkschaftsmitglieder für einen Streik ergeben hat.  
Kann sich der Arbeitgeber darauf berufen und eine einstweilige Verfügung gegenüber der Gewerkschaft erwirken?
9. 90 % der Arbeitnehmer eines stahlverarbeitenden Betriebes treten in einen "wilden" Streik während der Laufzeit eines Tarifvertrages. Sie fordern Erhöhung der Tariflöhne, die früher zur Zeit einer Wirtschaftsrezession festgesetzt worden waren. Infolge des staatlichen Konjunkturförderungsprogramms hat der Betrieb außergewöhnlich hohe Gewinne erzielt, zu denen der Tariflohn in keinem Verhältnis der sozialen Symmetrie steht.

Kann der Arbeitgeber eine einstweilige Verfügung erwirken?

---

1) vgl. die Übersicht "Bildungsurlaub in Tarifverträgen" RdA 1970, 50

B)

GANG DER UNTERSUCHUNG

Zur Erörterung des aufgegriffenen Problems bedarf es einer grundlegenden Darstellung und Klarstellung der Begriffe des Arbeitskampfes und der einstweiligen Verfügung, von denen bei der weiteren Untersuchung ausgegangen werden soll. Auch die gesetzlichen Grundlagen dieser Begriffe im Rechtssystem sollen aufgezeigt werden. Anschließend sollen das Verhältnis der einstweiligen Verfügung zum Arbeitskampf, Umfang und Abgrenzung anhand einer materiellen Rechtswidrigkeitsprüfung bestimmt werden. Diese erfolgt im Rahmen der Darstellung des Verfügungsanspruchs. Bei der Untersuchung der möglichen Verfügungsansprüche werden alle Teilbereiche, unter denen sich eine Streik als rechtswidrig darstellen kann, erörtert werden. Dabei wird im einzelnen die Möglichkeit des Erlasses einstweiliger Verfügungen in tarifwidrigen Arbeitskämpfen, gegen Massenänderungskündigungen, in verbandswidrigen, deliktischen, sittenwidrigen, strafbaren, verfassungsgefährdenden Arbeitskämpfen und solchen in lebenswichtigen Betrieben und Berufszweigen, in arbeitsvertragswidrigen und wilden Streiks untersucht werden.

Die prozessualen Probleme sollen dabei in ihrer Verzahnung mit dem Arbeitskampfrecht erörtert werden.

C) ANWENDUNGSBEREICH UND PROBLEMATIK DER EINSTWEILIGEN VERFÜGUNG IM ARBEITSKAMPF

Ein Blick in die Rechtswirklichkeit zeigt, daß die klassische Linie einer nur die künftige, Vollstreckung sichernden einstweiligen Verfügung heute verlassen ist.

Die Tätigkeit des Gerichtes des vorläufigen Rechtsschutzes hat sich auf eine rasch zugreifende, richterliche Regelung von Rechtsverhältnissen aller Art verlagert. Diese Entwicklung hat sich durch die Übernahme der Prinzipien dieses Rechtsschutzes in andere Verfahrensordnungen noch verstärkt. <sup>1)</sup>

Der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung erweitert sich ständig; Er reicht von dem Ehren- und Persönlichkeitsschutz, dem Schutz des Gewerbebetriebs und der Immaterialgüterrechte, dem unlauteren Wettbewerb, der Durchsetzung von Preis- und Vertriebsbindungen bei Markenartikeln, der Verhinderung vertragswidrigen Arbeitsplatzwechsels, der Regelung politischer und wissenschaftlicher Auseinandersetzungen bis zur Verurteilung zu einstweiligen Zahlungen im Unterhalts- und Schadensersatzrecht. <sup>2)</sup>

Wirtschaft, Politik und Sozialpartner haben die einstweilige Verfügung entdeckt und zu einem ihrer Kampfmittel auserkoren. <sup>3)</sup> Der Anlaß ist darin zu sehen, daß aufgrund der technischen Entwicklung schädigendes Unrecht mit viel elementarerer Gewalt über den einzelnen hereinbricht als in früheren Zeiten.

Wenn nicht Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes Einhalt geböten, bestünde die Gefahr, daß vollendete Tatsachen im Ergebnis stärker wären, als das zu spät zuteil gewordene Recht. <sup>4)</sup> Das gilt ganz besonders für den Arbeitskampf in unserer modernen Industriegesellschaft, in der Verflechtung und Abhängigkeit der verschiedenen Industriezweige voneinander immer stärker werden. Er hat das Ziel, eine bestehende Ordnung zugunsten einer neuen Ordnung zu ändern.

Ist dem Richter auch im Arbeitskampfrecht das System des vorläufigen Rechtsschutzes an die Hand gegeben, dann steht er vor einer schwierigen Situation. Einerseits hat er die Aufgabe, das geltende Recht zu schützen, andererseits darf er aber auch nicht die Fortentwicklung einer sich ständig wandelnden Sozialordnung hemmen.

---

1) Baur S. 1 ff

2) Baur S. 2

3) vgl. Baur S. 3; Hoffmann AuR 1968, 40

4) Baur S. 5

Die Sozialpsychologie unserer Gesellschaft ist arbeitskampffindlich eingestellt. "Arbeitskämpfe sind im allgemeinen unerwünscht, da sie volkswirtschaftliche Schäden mit sich bringen und den im Interesse der Gesamtheit liegenden sozialen Frieden beeinträchtigen." 1)

Im Terminus "Arbeitskampf" leuchten im Bewußtsein Faust- und Fehdwesen 2) auf, die Vorstellung nicht eines Krieges aller gegen alle, aber eines Teilkrieges.

Die einstweilige Verfügung würde dem Richter die Möglichkeit geben, kraft Amtes regelnd in das Spannungsfeld zwischen den Arbeitskampfparteien bei ihrem Tauziehen um die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einzugreifen. 3)

Hier entsteht die Gefahr, daß die vom Verfassungsgesetzgeber eingeräumte Freiheit der Koalitionen, durch Kampf entsprechend dem Kräfteverhältnis ihre Arbeitsbedingungen zu regeln, dadurch unterlaufen wird, daß die unterlegene bzw. die unterliegende Arbeitskampfpartei ihren überlegenen Arbeitskampfgegner im entscheidenden Zeitpunkt des Siegens mit gerichtlicher Hilfe aus dem Kampf nimmt.

Die einstweilige Verfügung bricht den Arbeitskampf nicht nur vorläufig, sondern endgültig. Die konkret unterbrochene Kampfhandlung ist in ihrer Situationsgebundenheit unwiederholbar. Denn jeder Arbeitskampf ist so sehr mit einer bestimmten politischen und sozialen Situation verknüpft, daß der einmal aufgrund eines Verbots abgebrochene Arbeitskampf als solcher nicht mehr aufgenommen und weitergeführt werden kann. 4)

Der Problematik des vorläufigen Rechtsschutzes im Arbeitskampf hat sich erst in jüngster Zeit die Literatur in stärkerem Umfang gewidmet. 5)

Durch die Rechtsprechung sind erst in den fünfziger Jahren einstweilige Verfügungen gegen Arbeitskämpfe in relativ großer Zahl ergangen, im Gegensatz zu der damals ständig sinkenden Zahl der Arbeitskämpfe. Noch 1953 wunderte sich Hoeniger, 6) daß erstaunlicherweise sehr selten eine einstweilige Verfügung gegen einen (rechtswidrigen) Arbeitskampf erlassen wurde.

---

1) BAG E 1, 300

2) Boehmer, S. 26

3) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 167

4) vgl. Faupel DB 1971, 817; Hessel, DB 1967, 2071  
a. A. ArbG Hamburg (1 Ga 7/62) e. V. vom 9. 4. 1962; ArbG Düsseldorf (2 Ca 713/65) vom 9. 6. 1965

5) Faupel DB 1971, 816; Heckelmann AuR 1970, 166; Hessel DB 1967, 2071; Hoffmann AuR 1968, 33; Thomanek BB 1971, 1203; Zeuner RdA 1971, 1

6) RdA 1953, 210

Auch im Verlauf der Tarifrunde 1971 in der chemischen Industrie beantragten mehrere bestreikte Firmen einstweilige Verfügungen, durch die der I. G. -Chemie, ihren Repräsentanten und Streikleitungen rechtswidrige Überschreitungen des Streikrechts verboten wurden. 1)

Die einstweiligen Verfügungen wurden fast stets von Arbeitgebern gegen die Arbeitnehmer beantragt. 2)

Der Grund dafür, daß einstweilige Verfügungen fast nur von der Arbeitgeberseite beantragt wurden, ist in der gesellschaftspolitischen Situation und der Arbeitsmarktlage zu sehen. Heute befinden sich die Arbeitgeber in der Defensive. Für sie bildet der Antrag auf Unterbindung des Arbeitskampfes im Wege der einstweiligen Verfügung eine typische Defensivmaßnahme. 3)

Jede einstweilige Verfügung mit Unterlassung gebietendem oder Maßnahmen verbotendem Charakter gegenüber einer Arbeitskampfpartei greift in den Arbeitskampf ein und beeinflusst ihn.

Bevor untersucht werden soll, ob und in welchem Umfang Raum für das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes bleibt, bedarf es der Einordnung des Arbeitskampfes in das allgemeine Rechtssystem, um seine Funktion und Grenzen zu bestimmen.

- 
- 1) ArbG Aachen (1 Ga 5/71) v. 23. 6. 1971; ArbG Krefeld (Ga 10/71) v. 25. 6. 1971; ArbG Köln (1 Ga 19/71) v. 25. 6. 71; ArbG Darmstadt (2 Ga 1/71) v. 26. 6. 1971 zitiert bei Thomanek BB 1971, 1203
  - 2) statt aller eine Auswahl:  
 ArbG Lüneburg v. 14. 9. 1955 BB 1955, 897  
 ArbG Bremerhaven v. 8. 9. 1955 BB 1955, 865  
 LAG Hannover v. 6. 5. 1953 BB 1953, 590  
 ArbG Köln v. 19. 6. 1964, bestätigt durch Urt. v. 26. 6. 64 DB 1964, 1029 ff; ArbG Saarbrücken v. 13. 6. 1966 BB 1966, 738 ff; ArbG Neunkirchen v. 13. 6. 1966 BB 1966, 738  
 vgl. ergänzend Hoffmann AuR 1968, 33 und Heckelmann AuR 1970, 168 mit Hinweisen auf weitere einstweilige Verfügungen
  - 3) Brändel, S. 20

## Arbeitskampfbegriff

Eine Regelung einer Arbeitskampf- oder Streikordnung fehlt, die in normativer Form die Spielregeln für das Arbeitskampffeld bestimmt.

Zwar verwendet das Gesetz den Begriff in § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG, § 74 Abs. 2 BetrVG, § 55 Abs. 2 PersVertrG, Art. 9 Abs. 3 GG, aber der "Arbeitskampf" ist nirgends gesetzlich definiert. Er ist aus den Erfahrungen und Notwendigkeiten der Rechtspraxis durch ein umfangreiches Richter- und Juristenrecht gebildet worden.

Danach ist der Arbeitskampf als die von einer Partei des Arbeitslebens bewußt ausgehende Störung oder Unterbrechung des Arbeitslebens anzusehen. <sup>1)</sup> Die Partei des Arbeitskampfes muß nicht gesamtvereinbarungsfähig sein. Auch ein Arbeitskampf, der nicht von einer tariffähigen Partei i. S. des § 2 TVG getragen wird, ist begrifflich Arbeitskampf. <sup>2)</sup> Die Störung des Arbeitsfriedens ist grundsätzlich durch alle geeigneten Mittel möglich. <sup>3)</sup>

Zweifelhaft ist aber, welcher Art der Kampf oder die Kampfmaßnahmen sein müssen, um rechtlich von einem Arbeitskkampf sprechen zu können.

Von der Entscheidung dieser Frage hängt der Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung im Arbeitskkampf ab.

## Der Begriff der Kampfmaßnahme

Das BAG faßt den Begriff der Kampfmaßnahmen sehr weit und versteht darunter alle Maßnahmen, "die den Verhandlungspartner bewußt und gewollt unter den Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe setzen und damit seine Entschlußfreiheit beeinträchtigen sollen". <sup>4)</sup> Danach ist Kampfmaßnahme alles, was "an die Stelle des freien Handelns den Zwang zum Bewilligen der Forderung des Partners oder jedenfalls zum Nachgeben setzen soll, und zwar aus Furcht vor den Nach-

1) vgl. Nikisch II S. 78

2) h. M. vgl. Hueck-Nipperdey (Grundriß) S. 284; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 872 mit Fußn. 6; Nikisch II, S. 79

a. A. Bertele, S. 9 f und 18, der seiner Arbeitskkampfdefinition zu Unrecht den Begriff des rechtmäßigen Arbeitskkampfes zugrundelegt; Dietz in Festschrift für Herschel, S. 47 ff; Hessel, BB 1951, 86; wohl auch Kaskel, S. 371 f

3) vgl. Dietz (Koalitionsfreiheit), S. 119; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 874

4) BAG E 6, 321 (353)

teilen oder Verlusten, die der Arbeitskampf mit sich bringt. " 1)

Dem BAG zustimmend vertreten Bulla, Dietz und Wiese die Ansicht, daß jeder von einem Partner ausgeübte Druck praktisch bereits Arbeitskampf ist. 2)

Im bloßen Druck auf den sozialen Gegenspieler soll das entscheidende Moment der Kampfmaßnahme liegen. Diese Ansicht begegnet erheblichen Bedenken, wenn das BAG seine Definition auch nur "im Hinblick auf die Friedenspflicht" geprägt hat. 3) Müßte die Willensbildung über einen Arbeitskampf in der Gewerkschaft dem Einsatz der Kampfmittel selbst gleichgesetzt werden, so wäre auch eine Abstimmung der Gewerkschaftsmitglieder darüber, ob ein bestehender Tarifvertrag gekündigt werden soll, bereits unzulässig.

Auch der Beschluß einer Urabstimmung und diese selbst wären danach als Kampfmaßnahmen anzusehen, sofern sie öffentlich bekannt werden. 4)

Denn schon eine solche Abstimmung ist ein Druck auf den anderen Partner, besonders wenn dieser etwa die ungekündigte Weitergeltung des Tarifvertrages in seine Kalkulationen und Dispositionen einbezogen hat. 5)

Bis zu dem vorgenannten Urteil des BAG 6) galten in der Literatur und Rechtsprechung allgemein nur solche Maßnahmen als Kampfmaßnahmen im Arbeitskampf, die zu einer wirtschaftlichen Schädigung des Gegners führen. 7)

Schon das RAG hat als Kampfmaßnahmen nur solche Akte gewertet, die unmittelbar zu einer Schädigung des Arbeitsunfriedens im Sinne einer wirtschaftlichen Schädigung des Betroffenen führen. Darauf weist bereits der Sprachgebrauch des Gerichtes hin, wenn es von "wirtschaftlichen" Kampfmaßnahmen spricht 8) und die Begriffe "Arbeitsfrieden" und "Wirtschaftsfrieden" gleichsetzt. 9)

---

1) BAG E 6, 353

2) Bulla, DB 1959, 544;

Dietz, JZ 1959, 425;

Wiese, BB 1959, 736

3) BAG E 6, 322 (Leitsatz 8) und 353;

vgl. dazu die eingehende Untersuchung Ramms (Kampfmaßnahme);  
Söllner, S. 82

4) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 874

5) Hessel, BB 1959, 1311

6) BAG E 6, 322

7) vgl. Brox-Rüthers, S. 77

8) ARS 11, 396; 13, 594

9) vgl. ARS 13, 574

Die Gleichsetzung qualitativ ganz ungleicher Vorgänge, nämlich Willensbildung einerseits und Einsatz der Arbeitskämpfungsmittel andererseits, ist nicht gerechtfertigt.

Das BAG <sup>1)</sup> bezieht damit den demokratischen Willensbildungsprozeß innerhalb der Gewerkschaft, bevor er noch zum Abschluß gekommen ist, in seine Definition der Kampfmaßnahme ein.

Der Willensbildungsprozeß in einem demokratisch organisierten Mitgliederverband vollzieht sich aber notwendig öffentlich. Die Unternehmer können sich aber schon aufgrund der geringen Zahl leicht "in der Stille" über Kampfmaßnahmen einigen. Diesen Unterschied nimmt das BAG zwar zur Kenntnis, meint, ihn - zu Unrecht - aber dahinstehen lassen zu können. <sup>2)</sup>

Indem es als Kampfmaßnahmen schon die Vorbereitungsmaßnahmen, nicht erst die Kampfauslösung versteht, verlegt es gleichsam die Abwehrfrontlinie der Rechtsordnung gegenüber Arbeitskämpfen unzulässig weit vor, greift außerdem in das interne Koalitionsverbandsrecht ein und treibt die Restriktion des Arbeitskämpfrechts weiter vor. <sup>3)</sup>

Die Orientierung des BAG an "druckfreien" Verhandlungen stimmt überein mit seiner Vorstellung vom "sozialen Frieden", zu dessen Gunsten Arbeitskämpfe zu vermeiden seien. Ausgegangen wird in beiden Fällen von einer konfliktfreien Ordnung, die nur den status quo meinen kann, von Kampfmaßnahmen aber durchbrochen wird.

Die Umsetzung dieser von Interessengegensätzen abstrahierenden Vorstellung in rechtliche Normen wirkt sich gegen die Arbeitnehmer aus, deren Interesse auf die Veränderung des status quo gerichtet ist und die letztlich nur streikweise durchzusetzen sind. <sup>4)</sup> Sieht man das entscheidende Moment der Kampfmaßnahme im Druck auf den sozialen Gegenspieler, <sup>5)</sup> so tritt an die Stelle des sichtbaren und leicht beweisbaren Tatbestandes der wirtschaftlichen Schädigung eine innere, psychische Tatsache, deren Vorliegen nicht zuletzt von der psychischen Robustheit des sozialen Gegenspielers abhängt und deren Feststellung in vielen Fällen unsicher bleiben muß. <sup>6)</sup>

---

1) BAG v. 31. 10. 1958 AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht

2) a. A. Hueck-Nipperdey-Säcker II S. 877 f, die die Tatbestände bei Arbeitnehmern und Arbeitgebern als gleich erachten und eine rechtliche Ungleichbehandlung wohl als Verstoß gegen Art. 3 GG ansehen

3) vgl. Söllner, S. 82; Wiethölter, S. 310 ff

4) Rajewsky, S. 74

5) BAG 6, 353; Bulla BB 1959, 544, 574; Dietz, JZ 1959, 420

6) Brox-Rüthers, S. 79

Wann ist eine Maßnahme lediglich "unfreundliche Handlung", wann offenbart sie "feindselige Einstellung", wann ist sie "echte Kampfmaßnahme"?

Die Konkretisierung dieser Generalklausel bedeutet eine Überforderung für die Beteiligten und den Richter. An Stelle der gerade bei diesem Tatbestandsmerkmal so notwendigen objektiven Begriffsabgrenzung tritt eine rein subjektive Ermessensauffassung. 1) Durch eine solche Ausweitung des Arbeitskampfbegriffes wird eine schwerwiegende Rechtsunsicherheit geschaffen.

Deshalb ist nur der qualifizierte Druck, der in der gewollten direkten Schadenszufügung zum Ausdruck kommt, begrifflich als Arbeitskampf anzusehen. 2) Daher kann auch nur in diesem Bereich der vorläufige Rechtsschutz gegen Maßnahmen des sozialen Gegenspielers Anwendung finden.

Alle internen Entschlüsse der Gewerkschaft und deren Organisation und auch die Streikurabstimmung 3) stellen keine Arbeitskampfmaßnahmen dar. Denn das Ergebnis einer positiven Streikurabstimmung kann auch als taktisches Mittel der Verhandlungskommission verwandt werden. Sicherlich liegt hier ein sehr massiver Druck vor. Doch dieser kann zur Einigung führen. 4)

In diesem internen Bereich des sozialen Gegenspielers bleibt somit für eine einstweilige Verfügung kein Raum.

---

1) Hessel, DB 1959, 1312

2) Abendroth, AuR 1959, 261;

Bühlig, AuR 1959, 272;

Hessel, BB 1959, 1310;

Ramm (Kampfmaßnahme), S. 9 ff, 31 ff, 61 ff;

Ramm, NJW 1962, 465;

Reuss, AuR 1960, 289;

vgl. Söllner, S. 82 f; vgl. dazu die ablehnende Argumentation bei Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 876 ff

3) a. A. ArbG Köln v. 26.6.1964, DB 1964, 1029 ff, das im Wege der e. V. die Durchführung einer Urabstimmung untersagt hat; vgl. auch Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 874 f mit weiteren Hinweisen

4) Hessel, BB 1959, 1311

## Kampfziel

Das Institut "Arbeitskampf" ist von seiner normativen Regelungsaufgabe her ausschließlich auf arbeitsrechtliche Kampfziele bezogen. <sup>1)</sup>

Der rein politische Kampf zur Erzwingung eines Gesetzes durch Druck auf die Parlamentsmitglieder mittels Arbeitsniederlegung oder gegenüber Akten der Rechtsprechung oder Hoheitsakten der Verwaltung ist ein Problem des Verfassungs- und Staatsrechts. <sup>2)</sup> Er soll deshalb aus der Untersuchung des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Streiks ausgeklammert werden.

## Verfassungsrechtliche Grundlage und Grenzen des Arbeitskampfes

Das verfassungsrechtliche Kernproblem des Arbeitskampfes ist die Frage, ob und gegebenenfalls wie das Grundgesetz den Arbeitskampf gewährleistet. Davon hängt dann die Zulässigkeit hoheitlicher Beschränkungen ab. Daraus ergeben sich die Grenzen, innerhalb derer das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes Anwendung finden kann.

## Art. 2 I GG und die Arbeitskampffreiheit

Eine Ansicht sieht in der sog. Arbeitskampffreiheit einen Ausfluß der allgemeinen natürlichen Handlungsfreiheit, die in Artikel 2 Abs. 1 GG verankert ist. <sup>3)</sup> In unserer Rechtsordnung gelte der Satz, daß alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich verboten wurde. Daher bestehe Freiheit zur streikweisen Arbeitsniederlegung ebenso wie Freiheit zu sonstigem Tun oder Unterlassen.

Hier wird die Arbeitskampffreiheit einheitlich individualrechtlich als liberale Freiheitsgarantie im Sinne eines negativen Statusrechts gedeutet.

- 
- 1) Hueck-Nipperdey, (Grundriß (3. Auflage)), S. 271; vgl. Nikisch II, S. 83 mit weiteren Nachweisen; dazu vgl. aber nunmehr Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 285
  - 2) vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß S. 286; Hessel BB 1951, 87; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 886 ff
  - 3) Ortman, S. 19; Brändel, S. 24 ff; Dietz in Weber-Scheuner-Dietz, S. 106; Tillmann, S. 47; Osswald, S. 15; Niese, S. 2; vgl. Siebrecht, S. 22 ff; Bobrowski-Gaul H I 9, S. 555

Handlungsfreiheit ist bezogen auf das Individuum. Sie dient der Persönlichkeitsentfaltung. Darum geht es aber beim Arbeitskampf nicht. Handlungsfreiheit bedeutet nicht zugleich auch die Freiheit zur Selbsthilfe, wie sie der Arbeitskampf darstellt. 1) Selbsthilfe ist nur in engen Grenzen zur Durchsetzung bestehender Rechtsansprüche erlaubt (§§ 229 ff BGB).

Die Teilnehmer am Arbeitskampf wollen sich aber noch nicht bestehende Rechtsansprüche erst verschaffen.

Die Freiheit zu einem solchen Verhalten bedarf einer besonderen Berechtigung, ob man den Arbeitskampf als Kollektivakt<sup>2)</sup> oder als ein "Bündel" von Freiheitsakten<sup>3)</sup> ansieht.

Durch die Bezugnahme auf Artikel 2 Abs. 1 GG wird außerdem der Lehre der Arbeitskampfgarantie Grundrechtsqualität zugebilligt. 4)

Aus diesen Erwägungen überzeugt die Bezugnahme auf Artikel 2 Abs. 1 GG für die Verfassungsgarantie des Arbeitskampfes nicht. 5)

Nach einer häufig vertretenen Meinung ergibt sich die Arbeitskampffreiheit oder das Arbeitskampfrecht<sup>6)</sup> aus dem Koalitionsrecht nach Artikel 9 Abs. 3 GG.

Das Koalitionsrecht sei ein "Schwert ohne Klinge", wenn nicht gleichzeitig mit ihm auch das Recht zum Streik anerkannt werde. Daher wird das Streikrecht als Bestandteil des Koalitionsrechts angesehen, teils im Hinblick auf die historische Entwicklung des Koalitions- und Kampfrechts,<sup>7)</sup> teils mit der Einschränkung, daß aus Artikel 9 Abs. 3 GG kein Streikrecht, sondern eine immer politisch gefärbte Streikbefugnis folge.

---

1) Söllner, S. 77

2) vgl. BAG E 1, 291, aber BAG E 15, 174 (Dort leugnet das BAG die Existenz selbständiger Handlungen der die Arbeit niederlegenden Arbeiter nicht mehr); Brox-Rüthers, S. 42

3) vgl. Kraft RdA 1968, 435

4) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 GG Rdn. 5 m. w. N.

5) vgl. Brox-Rüthers, S. 42; Söllner, S. 71

6) vgl. z. B. Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG Art. 9 Rdn. 14

7) vgl. dazu ausführlich Hohenester, S. 13 ff mit einer Übersicht über die Literatur

Das LAG München hat gefolgert, daß neben dem Koalitionsrecht auch das Streikrecht zum Zwecke der Ordnung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen diene <sup>1)</sup> und außerdem als Naturrecht anzusehen sei. <sup>2)</sup>

Schon aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß der Wille des Verfassungsgesetzgebers dahin ging, das Streikrecht nicht in die Verfassung aufzunehmen. <sup>3)</sup> Das zeigt der geplante Absatz 4 zu Artikel 9 GG über das Streikrecht. <sup>4)</sup> Die Annahme einer konkludenten Grundrechtsgarantie des Arbeitskampfes ist also schon deshalb bedenklich, weil der Verfassungsgeber selbst dazu eine besondere Grundrechtsbestimmung für notwendig hielt, das Streikrecht also nicht als im Koalitionsrecht mitgarantiert ansah. <sup>5)</sup>

Es bedarf aber der Untersuchung, ob und gegebenenfalls in welchem Sinne das bisherige Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik Deutschland durch die Grundgesetzergänzung des Artikels 9 Absatz 3 Satz 3 GG inhaltlich verändert worden ist.

Die neue Arbeitskampfschutzklausel der Verfassung geht von dem Entwicklungsstand des Arbeitskampfrechts in der Bundesrepublik vor der Notstandsverfassung aus. Da die wichtigsten Schlüsse, die sich aus Satz 3 für die Auslegung der Sätze 1 und 2 ziehen lassen, weitgehend mit der heutigen, wenn auch bestrittenen Rechtsprechung des BAG übereinstimmen, kann angenommen werden, daß der Gesetzgeber von dieser Rechtsprechung ausgegangen ist. Ist dem aber so, so kann in der unmittelbaren Anfügung der neuen Bestimmung des Artikels 9 Abs. 3 Satz 1 GG eine Bestätigung dieser Rechtsprechung erblickt werden. <sup>6)</sup> Eine zutreffende Auslegung des Artikels 9 Abs. 3 Satz 3 GG muß daher von der bisherigen Rechtslage des Arbeitskampfrechts vor der Grundgesetzergänzung ausgehen. <sup>7)</sup>

## 23 Die verfassungsrechtliche Arbeitskampfgarantie im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung

Die Frage einer grundsätzlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes war lange umstritten. Erst in neuerer Zeit hat sich mit unterschiedlichen Begründungen die

1) v. 16. 2. 1954, DB 1954, 675

2) v. 26. 10. 1953, DB 1953, 1062

3) vgl. Hohenester, S. 18

4) vgl. Söllner, S. 76

5) vgl. Tillmann, S. 44 ff; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 914 f; Brox-Rüthers, S. 41; Dietz in Weber-Scheuner-Dietz, S. 101

6) vgl. die systematische Auslegung bei Hueck, RdA 1968, 431

7) Rüthers, DB 1968, 1948 (1949); vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 916 f

Ansicht als herrschend durchgesetzt, der "arbeitsrechtliche Arbeitskampf" sei vom Grundgesetz als Einrichtung gewährleistet.

Zu suchen ist die Grundlage der Arbeitskampfgarantie in dem Zweck des Koalitionsrechts und seinem Bezug auf die Sozialstaatsklausel, also dem systematischen Zusammenhang der Artikel 9 Abs. 3, 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG. <sup>1)</sup>

Durch das Tarifvertragsgesetz ist den Sozialpartnern die Schaffung von Mindestarbeitsbedingungen durch den Staat eingeräumt.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet es, die in § 1 TVG verfügte Rechtssatzqualität der Tarifvertragsbestimmungen dogmatisch einzuordnen.

Wegen der fehlenden Staatsaufsicht sprechen Maunz-Dürig den Tarifvertragsbestimmungen den Charakter hoheitlich gesetzter Normen des objektiven Rechtes ab, ohne selbst eine präzise Konzeption der Tarifvertragswirkung zu entwickeln. <sup>2)</sup>

Nach Ramm, der ebenfalls den Rechtsnormcharakter der Tarifvertragsbestimmungen ablehnt, treten die Tarifvertragswirkungen ein, weil die Gewerkschaften kraft sozialer Vormundschaft die Arbeitnehmer vertreten, während auf Arbeitgeberseite die Verbände für sich selbst und aufgrund rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht der einzelnen Arbeitgeber handeln. <sup>3)</sup> Zöllner arbeitet mit dem Modell des "Stufenaufbaus der Rechtsordnung", um die Rechtsnormen des Tarifvertrages in die Nähe der privatautonomen Regelung einzuordnen. <sup>4)</sup>

Bötticher hingegen ist der Auffassung, bevor den Tarifverträgen die Rechtsnormqualität gesetzlich zugesprochen worden sei, hätten sich die Tarifvertragswirkungen als Inhaltsgestaltung der Einzelarbeitsverträge durch einen Dritten (die tarifvertragsschließenden Verbände) gemäß § 317 BGB erklären lassen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer hätten sich durch den Verbandsbeitritt dem Gestaltungsrecht der Verbände unterworfen. <sup>5)</sup>

An die These Böttichers anknüpfend will Richardi die Tarifvertragswirkungen auch nach geltendem Recht uneingeschränkt der Privatautonomie zuordnen. <sup>6)</sup>

---

1) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 166

2) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 1 III GG Rdn. 115 ff

3) Ramm, (Parteien) insbesondere S. 69 ff

4) Zöllner, S. 27 ff; vgl. auch Adomeit, RdA 1968, 297 ff; vgl. Adomeit S. 155

5) Bötticher (Gestaltungsrecht), S. 18 ff

6) Richardi, S. 164

Die Meinungen über die Legitimation der Tarifvertragsparteien zur Rechtssetzung sind, auch soweit man § 1 Abs. 1 TVG berücksichtigt, geteilt. Nach der herrschenden Meinung handelt es sich um eine autonome Rechtssetzung. Die einen verstehen sie als originäre, <sup>1)</sup> die anderen als eine vom Staat delegierte <sup>2)</sup> Autonomie oder leiten die Rechtssetzungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien unmittelbar aus Artikel 9 Abs. 3 GG ab. <sup>3)</sup>

Eine eigene Stellungnahme muß von der Auslegung des Sinnes der Vereinbarungsbefugnis der Tarifparteien aufgrund der positiven Normen, die den Tarifvertrag und das Tarifvertragswesen betreffen, d. h. vor allem von Artikel 9 Abs. 3 GG und § 1 Abs. 1 TVG ausgehen.

Sinn des Tarifvertrages ist es, die vom Arbeitgeber einseitig getroffene Festlegung der Arbeitsbedingungen durch eine vertragsmäßige Gestaltung zu ersetzen. Der Tarifvertrag hat sowohl einen sozialen Schutzzweck als auch einen Ordnungszweck. <sup>4)</sup> Mit dem Aushandeln der Löhne und sonstigen Arbeitsbedingungen nehmen die Tarifvertragsparteien Aufgaben wahr, deren Erfüllung von staatswegen in einer freiheitlichen Demokratie kaum möglich ist. Das entspricht zugleich dem Subsidiaritätsprinzip. <sup>5)</sup>

Wenn § 1 Abs. 1 TVG den Tarifvertragsbestimmungen die Qualität von Rechtssetzungen zuerkennt, so kann man sich darüber nicht hinwegsetzen. Im Gegensatz zur staatlichen Gesetzgebung handelt es sich beim Tarifvertrag um eine autonome Rechtssetzung. Da die Tarifvertragsparteien sich der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vor jeder staatlichen Gesetzgebung angenommen haben, kann man von einer originären Autonomie sprechen. Daß den von den Tarifvertragsparteien autonom gesetzten Regelungen Rechtssatzqualität zukommen, beruht jedoch auf einem staatlichen Gesetzgebungsakt (§ 1 Abs. 1 TVG). Damit erweist sich der Tarifvertrag nach streng dogmatischer Betrachtung als ein hybrides Gebilde. <sup>6)</sup> In ihm vereinigen sich Privatautonomie und

---

1) vgl. Galperin, S. 154; Schnorr, JR 1966, 329; Söllner, AuR 1966, 260 ff

2) Nikisch II S. 45; 216 f; Schnorr von Carolsfeld, S. 62  
Böttcher (Gestaltungsrecht), S. 22 f; Böttcher (Einrichtungen), S. 53 ff;  
BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAG AP Nr. 4, 6, 7, 16, 17,  
18 zu Art. 3 GG

3) Biedenkopf, S. 103 ff; Krüger, S. 7, 12 ff; Weber, S. 24

4) vgl. Söllner, S. 110

5) vgl. Hueck-Nipperdey II S. 28, 44; Biedenkopf, S. 178 ff; Söllner, S. 111  
gegen das Subsidiaritätsprinzip aber Richardi, S. 52 ff

6) vgl. Söllner, S. 112

vgl. auch Rehbindner, JR 1968, 171

Rechtssetzung. Zwar kommt der Tarifvertrag als privatrechtlicher Vertrag zwischen privatrechtlichen Verbänden zustande, er kann aber gemäß § 1 Abs. 1 TVG Rechtsnormqualität entfalten. 1)

Die Sozialpartner sollen die Arbeitsverhältnisse selbständig und eigenverantwortlich gestalten. Nicht obrigkeitlicher Dirigismus, sondern das freie Spiel der sozialen Kräfte soll den erforderlichen Ausgleich zwischen Arbeit und Kapital schaffen und die soziale Gerechtigkeit verwirklichen. Die soziale Selbstverwaltung ist, da es keine Zwangsschlichtung gibt, ohne den Streik als notwendigen Spannungsausgleich zur Herbeiführung einer Einigung der Sozialpartner undenkbar. 2)

Nikisch hat diese Einbeziehung des Arbeitskampfes in die soziale Selbstverwaltung als eine "seltsame Verirrung" bezeichnet. 3) Der von einem Arbeitskampf ausgehende wirtschaftliche Druck könne nicht als geordnetes Verfahren angesehen werden, mit dessen Hilfe die den Sozialpartnern obliegenden Aufgaben zu lösen wären. 4) Daher wendet sich Nikisch gegen das Mittel der Gewalt als Teil der sozialen Selbstverwaltung.

In der gegenwärtigen Arbeitsordnung besteht aber keine andere Möglichkeit, um den Auftrag an die Koalitionen zur sozialen Selbstverwaltung auch dann zu erfüllen, wenn scheinbar unüberbrückbare Gegensätze eine Vereinbarung verhindern.

Dann hat der Arbeitskampf und insbesondere der Streik eine echte Funktion im Rahmen dieser Selbstverwaltung. Er dient als Ventil für die angewachsenen sozialen Spannungen, er ist Brücke zur Überwindung unlösbar erscheinender Meinungs-differenzen und das einzige Mittel, um diese Gegensätze ohne staatlichen Eingriff austragbar zu machen 5) und aus dem Gegeneinander wieder ein Miteinander mit dem Ziel einer kollektiven Vereinbarung zu schaffen.

Der Arbeitskampf ist insofern notwendiger Bestandteil des autonom-gesetzgeberischen Tarifsetzungsverfahrens. Er muß diese Funktion übernehmen, denn der

---

1) vgl. Söllner, S. 111 f; Söllner, AuR 1966, 257 ff

2) vgl. Müller RdA 1951, 247 ff; Meissinger, AuR 1954, 65 und 134 und AuR 1955, 200; Müller-Meissinger, S. 17

3) Nikisch II, S. 49; ebenso in SAE 1956, S. 10

4) Nikisch II, S. 49; auch S. 105

5) Rüthers, S. 71

Staat hat den autonomen Sozialpartnern wohl den Tarifvertrag als die Form zur Verfügung gestellt, in der die autonome Gesetzgebung auszuüben ist, nicht dagegen ein Verfahren, in dem ein Tarifvertrag erzwungen werden kann. 1)

Der Arbeitskampf ist also in die Autonomie der Sozialpartner ausdrücklich einbezogen. 2)

Ebenso wie die soziale Selbstverwaltung in der Rechtsordnung wurzelt, ist auch der Arbeitskampf Teil dieser Ordnung. Er ist damit mehr als ein bloßer Ausfluß der allgemeinen, natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen. 3) Durch seine Eingliederung in die soziale Selbstverwaltung ist er zu einem Rechtsinstitut der gegenwärtigen Arbeits- und Sozialordnung geworden. Er ist institutionell anerkanntes Mittel zur autonomen Gestaltung eines Rechtsbereiches. 4)

Als integrierender Bestandteil der sozialen Selbstverwaltung nimmt der Arbeitskampf an deren verfassungsrechtlicher Anerkennung teil und ist als Einrichtung der sozialen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz in Form der sog. Konnexgarantie gewährleistet. 5) Mit ihr gehört er zum "verfassungsrechtlich geschützten Grundbestand der sozialstaatlichen Ordnung." 6)

233

### Bedeutung der Ergänzung des Art. 9 III GG

Zu Unrecht hat daher früher die herrschende Lehre aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelung des Arbeitskampfes den Schluß gezogen, der Arbeitskampf sei nach dem Grundgesetz weder verboten noch gewährleistet. 7) Der frühere Meinungsstreit um die Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes ist heute durch die Neufassung des Artikels 9 Abs. 3 Satz 3 GG für Koalitionen bedeutungslos geworden, da der Gesetzgeber den arbeitsrechtlichen Arbeitskampf jetzt im

---

1) Brandner in DB 1957, S. 1282

2) vgl. Brandner in DB 1957, S. 1282

3) vgl. hierzu im einzelnen Kaskel, Arbeitsrecht S. 387; Nikisch, Lehrbuch II, S. 104; gegen den Gedanken der natürlichen Handlungsfreiheit als Streikrechtfertigung ferner; Hessel, RdA 1952, 48; Hueck in Festschrift für Herschel, S. 40 f; Müller, RdA 1951, 247 ff; Rüthers, S. 18

4) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 166; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 918

5) Brox-Rüthers, S. 44; vgl. auch Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 918

6) Rüthers, S. 72; Herrmann, S. 88

7) von Mangoldt-Klein, Art. 9 Anm. VII 2

Grundgesetz als Einrichtung <sup>1)</sup> ausdrücklich verankert hat. <sup>2)</sup>

Aus der dargestellten Entwicklung des Rechtes zum Arbeitskampf aus Artikel 9 Abs. 3, 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG ergibt sich aber, daß die nunmehr ausdrückliche Nennung des Arbeitskampfes im Grundgesetz keine neue Rechtssituation für das Arbeitskampfrecht herbeiführt, sondern jetzt durch die Neufassung lediglich eine Klarstellung für den Rechtszustand erfolgt ist, der schon vor der Neufassung des Artikels 9 Abs. 3 Satz 3 GG für das Arbeitskampfrecht bestand. <sup>3)</sup>

## 234 Grenzen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes

Es ist die Bedeutung und Tragweite der Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes zu umreißen. Allerdings darf diese Aussage zum prinzipiellen Umfang der Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes nicht verwechselt werden mit dem Problem der Rechtmäßigkeitskriterien der Kampfmittel.

## 2341 Bundesrechtliche Schranken

Das Grundgesetz schützt nur den rechtmäßigen arbeitsrechtlichen Arbeitskampf. <sup>4)</sup>

Die Zweckbestimmung des Arbeitskampfes im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung bezeichnet nicht nur die Grenzen seiner Rechtmäßigkeit, sondern auch zugleich die Grenzen seiner verfassungsgesetzlichen Gewährleistung. <sup>5)</sup> Die verfassungsrechtliche Grenze gesetzlicher Beschränkungen der Arbeitskampffreiheit ist die Erhaltung der Funktionsfähigkeit eines freiheitlichen Tarifsystems.

Die vom Grundgesetz garantierte Streikfreiheit kann von dem Gesetzgeber nicht durch einfaches Gesetz beseitigt werden. Das schließt das Sozialstaatsprinzip

- 1) vgl. hierzu Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 9 Rdn. 14, der sowohl von Garantie, Arbeitskampffreiheit und Arbeitskampfrecht spricht.
- 2) Hueck, RdA 1968, 431
- 3) vgl. Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG Art. 9 Rdn. 20; Söllner, S. 70; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 917
- 4) h. M. Nikisch II, S. 111 und 114; Rüthers, S. 68 ff (71); Brox-Rüthers, S. 44 und 47
- 5) Rüthers, DB 1968, 1948, 1949

aus. Dies bedeutet jedoch nicht, daß sich der Staat auf diesem Gebiet jeder Regelung enthalten müßte. Nur muß der Arbeitskampf als letztes Mittel der Auseinandersetzung zwischen den sozialen Gegenspielern unberührt bleiben. <sup>1)</sup>

Der Kernbereich <sup>2)</sup> einer funktionsfähigen, freiheitlichen Tarifautonomie ist zugleich die Regelungsgrenze des Gesetzgebers für den Arbeitskampf. <sup>3)</sup> Mit dieser Maßgabe ist die Wesensgehaltsgarantie des Artikels 19 Abs. 2 GG auf die Regelungsbefugnis des einfachen Gesetzgebers im Bereich der Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes entsprechend anzuwenden. <sup>4)</sup>

Gegenüber Eingriffen durch den Staat beinhaltet die Verfassungsgarantie des Arbeitskampfes die Befugnis der Sozialpartner, zur Wahrung oder Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ihrer Mitglieder Arbeitskämpfe zu führen. Die Verfassung schützt aber nicht die konkrete und rechtliche Ausprägung der Arbeitskämpfe. <sup>5)</sup> Das würde jeden Fortgang der sozialen Entwicklung hemmen. Der Gesetzgeber bleibt im Rahmen der Einrichtungsgarantie für die Ausgestaltung und Fortbildung des Arbeitskampfrechtes zuständig. Zulässig sind daher Gesetze, welche die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen von Arbeitskämpfen bestimmen, ausgestalten oder fortbilden. <sup>6)</sup>

Es ist zu fragen, welche Bedeutung die Verfassungsbestimmungen der einzelnen Bundesländer über das Streikrecht haben.

2342

### Die Landesverfassungen und der Arbeitskampf

Einschließlich der Verfassung von West-Berlin kann man folgende Gruppen hinsichtlich der Konstituierung bzw. der Formulierung eines Streikrechtes bilden: Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein treffen keine Bestimmungen über das Streikrecht. In Baden-Württemberg (Artikel 38 Abs. 2 Satz 1) und Rheinland-Pfalz (Artikel 66 Abs. 2) ist das Streikrecht "im Rahmen der Gesetze" anerkannt. Die Verfassungen von Bremen (Artikel 51 Abs. 3) und Hessen (Artikel 29 Abs. 4) erkennen das Streikrecht ohne die vorgenannte

---

1) Reuss, Festschrift Heymann, S. 254 f

2) BVerfG E 4, 96 (106 ff); 20, 312 (317 ff); 19, 303 (312 ff)

3) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 918

4) von Mangoldt-Klein, Art. 19 GG Anm. V 2 d;  
Rüthers, DB 1968, 1949

5) vgl. Dietz in Weber-Scheuner-Dietz, S. 107;  
Brox-Rüthers, S. 46

6) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 918

Einschränkung an. Die Verfassung von West-Berlin (Artikel 18 Abs. 3) spricht von der "Gewährleistung" des Streikrechts.

Die rechtliche Bewertung der Arbeitsniederlegung anläßlich eines arbeitsrechtlichen Kampfstreiks muß bundeseinheitlich erfolgen und kann nicht von der zufälligen Regelung in der Verfassung des betreffenden Landes abhängig sein. <sup>1)</sup> Abzulehnen wäre die Schlußfolgerung, als Begründung der Streikfreiheit könnten nur die Bestimmungen der Landesverfassungen dienen, wobei dann aus der unterschiedlichen Formulierung gewisse Grade der Anerkennung folgen würden. <sup>2)</sup>

Trotz der unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Behandlung des Arbeitskampfes in den Verfassungen des Bundes und der Länder gilt in der Bundesrepublik Deutschland eine einheitliche Regelung für den Arbeitskampf. <sup>3)</sup> Das folgt aus Artikel 31 GG, der auch im Verhältnis des einfachen Bundesrechts zum Landesverfassungsrecht gilt. <sup>4)</sup> Die Einrichtungsgarantie des arbeitsrechtlichen Arbeitskampfes nach den Artikeln 9 Abs. 3, 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG hat also Vorrang vor allen Regelungen des Länderverfassungsrechts. <sup>5)</sup> Nach der Klärung des Arbeitskampfbegriffes und seiner dogmatischen Fundierung im Verfassungsrecht soll untersucht werden, ob im Arbeitsrecht für die Anwendung des Rechtsinstitutes der einstweiligen Verfügung eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist.

### 3 Die Rechtsgrundlagen der einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf

#### 31 Die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes

In den veröffentlichten Entscheidungen der letzten Jahre bezüglich einstweiliger Verfügungen im Arbeitskampf wird deren Zulässigkeit als selbstverständlich vorausgesetzt und keines besonderen Wortes gewürdigt. Soweit die Entscheidungsgründe abgedruckt sind, werden ohne Subsumtion die Vorschriften § 940 ZPO oder §§ 935, 940 ZPO zitiert.

---

1) Niese, S. 2

2) Hohenester, S. 19 f

3) Brox-Rüthers, S. 48; Hueck-Nipperdey-Säcker, II, S. 926

4) allgemeine Ansicht vgl. statt vieler Maunz-Dürig, Artikel 31 Rdn. 5; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 926

5) Brox-Rüthers, S. 48; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 925 ff

Die einstweilige Verfügung ist als Rechtseinrichtung der bürgerlichen Rechtspflege entwickelt worden. Das Instrument des vorläufigen Rechtsschutzes hat weiter durch die neueren Verfahrensgesetze an Ausdehnung gewonnen. So übernahm man es bei Schaffung des Arbeitsgerichtsgesetzes in das dort neu geschaffene Verfahren.

Grundlage für einstweilige Maßnahmen im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren könnte also § 62 Abs. 2 ArbGG i. V. m. §§ 935, 940 ZPO sein.

Bezüglich der Frage der Anwendbarkeit der Regelungen des einstweiligen Rechtsschutzes der ZPO im Arbeitsgerichtsverfahren bedarf es keiner ausdrücklichen und tiefgehenden Begründung. <sup>1)</sup>

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 62 Abs. 2 ArbGG gilt der Abschnitt über die Zwangsvollstreckung einschließlich des Arrestes und der einstweiligen Verfügung nicht nur entsprechend, sondern kraft der ausdrücklichen Regelung unmittelbar. <sup>2)</sup>

Diese unmittelbare Verweisung auf die einstweiligen Verfügungen der ZPO bezweckt die Vollständigkeit und Lückenlosigkeit des Rechtsschutzsystems im arbeitsgerichtlichen Verfahren. <sup>3)</sup> Daß der Gesetzgeber in diesem Verfahren <sup>4)</sup> den Weg der Verweisung gewählt hat, ist unbedenklich. <sup>5)</sup> Es besteht auch kein Anlaß, aus dem Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügungen von vornherein den Arbeitskampf auszuschneiden. <sup>6)</sup>

### 32 Das Argument der Funktion des Arbeitskampfes und des Funktionswandels des einstweiligen Verfügungsverfahrens

Die "Funktion" des Arbeitskampfes in unserem System der sozialen Selbstverwaltung könnte aber gegen die Anwendung des Institutes des einstweiligen Rechtsschutzes sprechen.

- 
- 1) vgl. aber dazu Hoffmann, AuR 1968, 34 und Heckelmann, AuR 1970, 170
  - 2) vgl. Dersch-Volkmar, ArbGG § 62 Rdn. 26
  - 3) vgl. Brändel, S. 8
  - 4) entgegen der Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, in dem die einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO inhaltlich in § 123 Abs. 1 VwGO Aufnahme gefunden haben.
  - 5) vgl. Quaritsch, VerwArch 51, 230 ff
  - 6) Dietz-Nikisch, ArbGG § 62 Rdn. 37

Hessel meint, der Arbeitskampf könne diese Funktion nur erfüllen, wenn er überraschend zum sozialökonomisch richtigen Zeitpunkt beginnt. Dies mache eine einstweilige Verfügung unmöglich, da sie praktisch den Arbeitskampf "überhaupt" und "endgültig" unterbindet. 1)

Hessels Bedenken erfahren durch die Beobachtung ihre Bestätigung, daß das Institut des einstweiligen Rechtsschutzes einem vom Gesetzgeber unbeabsichtigten Funktionswandel unterworfen ist. Nach dessen Vorstellung soll der einstweiligen Verfügung das Hauptverfahren folgen. Häufig begnügen sich die Parteien aber mit der Entscheidung des Gerichtes im einstweiligen Verfügungsverfahren und verzichten auf die Durchführung des Hauptverfahrens. So ersetzt die einstweilige Verfügung den Hauptprozeß, die vorläufige Regelung wird zur endgültigen.

Dennoch bringt es nicht nur Nachteile, daß im vorläufigen Verfahren weder die Rechtsschutzgarantien für die Parteien noch die dem Gericht als Grundlage seiner Entscheidung dienende Tatsachenbasis und damit die Prüfung der materiellen Rechtslage in der Regel unvollkommener ist als im Hauptverfahren. Hier im Verfahren der einstweiligen Verfügung erhalten die Parteien eine rasche Entscheidung. Diese ist gerade für die Arbeitskampfparteien von Interesse, da ein zu lange dauernder Prozeß zu einer Gefährdung, ja zur Vernichtung der Rechtsposition führen könnte. Begnügen sich die Parteien mit der vorläufigen Regelung und sehen sie selbst diese als tragbare endgültige an, so ist damit dem Arbeitsfrieden wohl besser gedient, als mit der Durchführung des Hauptverfahrens durch alle Instanzen.

Daß die vorläufige Unterbindung des Arbeitskampfes in der praktischen Auswirkung dadurch zu einer endgültigen Unterbindung führt, da die Parteien auf die endgültige gerichtliche Entscheidung verzichten und die vorläufige als verbindlich akzeptieren, kann zwar als prozessualer Systemfehler, ebenso wohl aber auch als befriedigendes materiell-rechtliches Faktum gewertet werden.

Ebenso ist auch die Tatsache zu sehen, wenn infolge des Gewichtes des einstweiligen Verfügungsverfahrens oft schon intensive Verhandlungen und Beweisaufnahmen stattfinden, als dies der Tendenz des raschen Zugriffs entspricht, die unverzüglich angesetzte mündliche Verhandlung die Parteien aber unter richterlicher Mitwirkung zum Vergleich führt. 2)

---

1) DB 1967, 2071

2) vgl. dazu Baur, S. 7

vgl. Koebel, NJW 1967, 321 bei einstweiligen Verfügungen gegen Presseveröffentlichungen

So sind weder das Argument der Funktion des Arbeitskampfes noch das des prozessualen Funktionswandels des einstweiligen Verfügungsverfahrens geeignet, seine Anwendung als unzulässig oder unsachgemäß erscheinen zu lassen. 1) Dies gilt umso mehr, als der Übergang vom einstweiligen Verfügungsverfahren in das Verfahren über die Hauptsache prozessual nicht möglich ist. 2)

### Der Beschleunigungsgrundsatz

Aus dem Beschleunigungsgrundsatz des § 9 Abs. 1 Satz 1 ArbGG hat man gefolgert, daß im Arbeitsgerichtsverfahren kein Bedürfnis für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen bestehe. Würden im Urteilsverfahren alle Beschleunigungsmittel ausgenutzt, so dauere das Verfahren nicht länger als ein summarisches Verfahren. Der Antragsteller könne daher kein sachlich begründetes Interesse an einer einstweiligen Maßnahme haben. 3) Etwas einschränkender ist Faupel der Ansicht, die Schnelligkeit des normalen Klageverfahrens im Arbeitsgerichtsprozeß mache den großzügigen Erlaß von einstweiligen Verfügungen in fast allen Fällen überflüssig. 4)

Schon das Faktum der durchschnittlichen gegenwärtigen Prozeßdauer spricht dagegen, daß der Beschleunigungsgrundsatz geeignet ist, das Bedürfnis für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen zu beseitigen.

Triebel kommt bei seiner Untersuchung der Tätigkeit der Arbeitsgerichte zu dem Ergebnis, daß die prozentuale Erledigung anhängiger Klagen von 1965 an rapide abnimmt. 5) So seien z. B. im Jahre 1968 weniger als 80 % der anhängigen Klagen erledigt worden.

Die Häufigkeit der Fälle, in denen die Arbeitsgerichte um den Erlaß einstweiliger Verfügungen angegangen wurden und werden, beweist, daß trotz größtmöglicher Beschleunigung in der Hauptsache ein Bedürfnis für einstweilige Maßnahmen besteht. Es ist praktisch unmöglich, das Urteilsverfahren in der gleichen Zeit durchzuführen wie ein summarisches Verfahren. Für die Zwischenzeit bis zum Urteil in der Hauptsache kann aber bereits eine einstweilige Zustandsregelung

---

1) so wohl auch Hessel, DB 1967, 2071

2) OLG Karlsruhe vom 27. 8. 1968, WRP 1968, 456;  
Stein-Jonas-Schönke-Pohle, § 920 ZPO, Anm. I 3;  
OLG Hamm vom 18. 9. 1970, MDR 1971, 142  
a. A. Rosenberg, S. 1109; Wieczorek, § 935 ZPO, Anm. A IIb 2

3) vgl. Bitzer, S. 170 f

4) Faupel, DB 1971, 870

5) Triebel, RdA 1970, 18 (19)

dringend geboten sein. Gewiß werden sich einfachere Sachen in einer Sitzung erledigen lassen. Wenn aber nur die Vernehmung eines Zeugen notwendig ist, liegt es schon in der Hand der gegnerischen Partei, den Prozeß zu verschleppen, indem sie erst einmal die Aufforderung des Richters, den Zeugen zu stellen oder laden zu lassen, abwartet.

Völlig unmöglich ist sicherlich die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung, wenn der Prozeß umfangreiche Beweisaufnahmen erfordert. Hier wird der Richter bei Einreichung des Antrages nicht einmal die vermutliche Dauer des Rechtsstreites bestimmen können, also auch nicht über das Vorhandensein (Fehlen) eines Rechtsschutzbedürfnisses entscheiden können. Für einen wirksamen einstweiligen Rechtsschutz im Bereich des Arbeitskampfes kann es schon auf Tage, sogar auf Stunden ankommen.

Bei den Streitfällen im Arbeitskampfrecht ist aber schon wegen der fehlenden Gesetzesregelung, weitreichender Meinungsdivergenz und der besonderen finanziellen Bedeutung für die Prozeßparteien mit einer sehr langen Prozeßdauer zu rechnen. Durch die uneingeschränkte Verweisung in § 62 Abs. 2 ArbGG erklärt das Arbeitsgerichtsgesetz auch das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes trotz des Beschleunigungsgrundsatzes für anwendbar. Das Gesetz selbst erkennt also ein Bedürfnis für ein Schnellverfahren an. Der Zweck der materiellen Wahrheitsfindung ist im Urteilsverfahren schwerlich zu erreichen, wenn sämtliche Beschleunigungsmittel bis zum äußersten ausgenutzt werden. Schnelligkeit und Sicherheit d. h. Richtigkeit sind im Verfahrensrecht miteinander unerreichbare Größen.

Der Beschleunigungsgrundsatz steht daher dem Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht entgegen. <sup>1)</sup>

---

1) so auch Brändel, S. 17; vgl. aber LAG München v. 15. 11. 1948, AP 1950 Nr. 20. Danach ist der Rechtsbehelf der e. V. im arbeitsgerichtlichen Verfahren nur mit großer Zurückhaltung anzuwenden. Denn die im Arbeitsgerichtsverfahren zur Hauptsache gebotene Beschleunigung des Verfahrens gebe ein Bedürfnis für einstweilige Verfügungen nur in den seltensten Fällen.

Ähnlich auch Dersch-Volkmar, § 62 ArbGG Rdn. 101, der meint, im arbeitsgerichtlichen Verfahren werde sich für die Anwendung e. V. häufig mit Rücksicht auf das Beschleunigungsprinzip kein ausreichendes Bedürfnis ergeben.

vgl. auch Faupel (DB 1971, 870), der vorschlägt, das Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zugunsten einer schnellen Entscheidung über eine Klage mit dem gleichen Ziel der Untersagung eines Streiks zurückzudrängen. - Eine wohl selten gangbare Ideallösung!

Gemäß § 62 Abs. 2 ArbGG sind somit die einstweiligen Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO generell im arbeitsgerichtlichen Verfahren anwendbar. <sup>1)</sup>

Als tragender Grund ist hierfür auch anzusehen, daß letztlich keine Prozeßart ohne die Möglichkeit des Erlasses einstweiliger Verfügungen auskommen kann. Diese sind erforderlich, weil ohne sie das Rechtsstaatsprinzip der Verfassung nicht hinreichend durchsetzbar wäre. <sup>2)</sup> Der Inhaber der tatsächlichen Macht könnte sonst durch rechtswidrige Maßnahmen auf längere Zeit einen rechtswidrigen Zustand herbeiführen, dem Dritte wehrlos ausgesetzt wären. Einer derartigen Sachlage muß das Gericht durch den Erlaß einstweiliger Regelungen begegnen können. <sup>3)</sup>

Das in der Hauptsache zuständige Arbeitsgericht ist auch für das vorläufige Verfahren zuständig. <sup>4)</sup> Gemäß § 942 ZPO i. V. m. § 62 Abs. 2 ArbGG ist in dringenden Fällen das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Streitgegenstand befindet, neben dem Arbeitsgericht für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zuständig. <sup>5)</sup> Diese Zuständigkeit hat aber lediglich provisorischen Charakter. Insoweit ist die ausschließliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte (§ 2 ArbGG) durchbrochen. <sup>6)</sup> Ein dringender Fall ist dann gegeben, wenn die Anrufung des

- 
- 1) vgl. Brox-Rüthers, S. 162, 295 f; Siebrecht, S. 139 f, 154 f; Neumann-Duesberg, BB 1964, 51 ff; Dietz-Nikisch, ArbGG § 62 Rdn. 37; Hoeniger, RdA 1953, 204 ff; Brändel, S. 15; Heckelmann, AuR 1970, 167 f; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1049 mit weiteren Nachweisen in Fußn. 144; Thomanek, BB 1971, 1204; vgl. auch Zeuner, RdA 1971, 8 ohne ausdrückliche Berufung auf § 62 Abs. 2, Ortmann S. 22; Baur, BB 1964, 607, 612 f; Wenzel, DB 1966, 2027; Hessel, DB 1967, 2071
  - 2) vgl. LAG Düsseldorf v. 29. 10. 1970 DB 1971, 583 zur Begründung von einstweiligen Maßnahmen im Beschlußverfahren
  - 3) vgl. LAG Düsseldorf v. 29. 10. 1970 DB 1971, 583
  - 4) vgl. Baumbach-Lauterbach, § 916 Anm. 1; Brändel, S. 50
  - 5) Bitzer, S. 172; Brändel, S. 53; Dersch-Volkmar, ArbGG, § 62 Rdn. 99; Dietz-Nikisch, ArbGG § 62 Rdn. 37; Flatow-Joachim, ArbGG § 62 Rdn. 10; eingehend Schmincke-Sell, ArbGG § 62 Anm. 8 f mit weiteren Nachweisen auf ältere Literatur; LG Mainz v. 8. 8. 1927 für die Anordnung des Arrestes
  - 6) vgl. Brändel, S. 53

Arbeitsgerichts für den Antragsteller nachteilige Verzögerungen mit sich bringen würde. <sup>1)</sup>

Zweifel bestehen aber darüber, welche einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf in Betracht kommen.

### Einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO

Nach § 935 ZPO sind einstweilige Verfügungen in Bezug auf den Streitgegenstand zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Hier wird durch eine tatsächliche Entwicklung der Dinge der Vollzug der Entscheidung in Frage gestellt. Die Überbrückungsmaßnahme hat zum Ziel, die Zwangsvollstreckung zu sichern. § 935 ZPO betrifft die einstweilige Verfügung wegen einer gegenständlichen Individualleistung. Sie sichert einen Streitgegenstand und kommt dort zur Anwendung, wo die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines gegenständlichen Anspruchs gefährdet. <sup>2)</sup>

Nach Brox-Rüthers soll § 935 ZPO dann eingreifen, wenn ein rechtswidriger Arbeitskampf oder rechtswidrige Kampfmaßnahmen bevorstehen. § 935 ZPO sei nur dann anwendbar, wenn noch eine einem Unterlassungsanspruch entsprechende Lage bestehe und eine Veränderung zu befürchten sei. <sup>3)</sup>

Die Übernahme dieser Ansicht Baur's <sup>4)</sup> aus dem Zwangsvollstreckungsrecht wird der spezifischen Arbeitskampfsituation nicht gerecht.

Bei den einstweiligen Maßnahmen, die in Verbindung mit Arbeitskämpfen beantragt werden, soll kaum jemals die Zwangsvollstreckung wegen gegenseitiger Ansprüche gesichert werden, sondern der Rechtsfriede vorläufig aufrechterhalten werden. <sup>5)</sup>

---

1) vgl. Baumbach-Lauterbach, § 942 Anm. 2; Thomas-Putzo, § 942 Anm. 1

2) vgl. Baumbach-Lauterbach § 935 ZPO Anm. 2;  
Hessel, DB 1967, 2071;  
Rosenberg (9. Aufl.), S. 1103;  
Jauernig ZZP 79, 321 (326)

3) Brox-Rüthers, S. 295

4) vgl. Schönke-Baur (7. Aufl.), S. 200, der ausdrücklich daran festhält, "daß diese Art der e. V. (§ 935) die künftige Rechtsverwirklichung, also die künftige Zwangsvollstreckung sichern will."

5) vgl. Hessel, DB 1967, 2071; Brändel, S. 14

Das Ziel der gegen die Führung eines Arbeitskampfes gerichteten einstweiligen Verfügung ist nicht primär in der Vorsorge für eine erst zukünftige Rechtsverwirklichung, sondern vielmehr darin zu sehen, hic et nunc den Ausbruch des Kampfes zu verhindern oder den Friedenszustand vorerst wieder herzustellen. 1)

Der angegriffene Sozialpartner beantragt die einstweilige Verfügung nicht mit Blickrichtung auf die Erhaltung seiner Vollstreckungsmöglichkeiten gegenüber dem Angreifer. 2)

Daher dürfte § 935 ZPO als Rechtsgrundlage für einstweilige Verfügungen bei Arbeitskämpfen kaum in Frage kommen. 3) § 935 ZPO soll daher für die weiteren Erörterungen außer Betracht bleiben. 4)

## 6 Einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO im Streik

Nach § 940 ZPO sind einstweilige Verfügungen auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustands im Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheint.

## 61 Der Grundsatz der Einstweiligkeit der Maßnahmen

Für die einstweiligen Verfügungen ist maßgeblicher Verfahrensgrundsatz, die Beschränkung, daß sie grundsätzlich keine endgültige Regelung des Parteienstreits

---

1) Zeuner, RdA 1971, 6

2) Brändel, S. 14

3) Hessel, DB 1967, 2071;

so auch Faupel (DB 1971, 868), der allerdings zur Begründung anführt, daß durch eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO die Befriedigung eines Anspruchs (das Verbot des Streiks) nicht erreicht werden könne.

4) vgl. die Argumentation Heckelmanns (AuR 1970, 175 f) § 935 ZPO scheide als Verfügungsgrund aus, da ein aus der tariflichen Friedenspflicht, aus analoger Anwendung des § 1004 BGB oder aus dem Arbeitsvertrag gegründetes Kampfverbot bereits die Erfüllung, nicht aber nur eine Sicherung des Hauptanspruchs enthalte. Ein Unterlassungsgebot nach § 935 ZPO komme aber nur in Frage, wenn die Unterlassung eine Nebenpflicht sei, deren Einhaltung die Vollstreckung eines anderen Hauptanspruchs gewähren soll.

treffen. Weder darf die einstweilige Verfügung den Urteilspruch noch die zwangsweise Verwirklichung des Anspruchs, die Erfüllung, vorwegnehmen, zwei Möglichkeiten, die praktisch zusammenfallen und daher von Wissenschaft und Praxis unter der Frage des Erfüllungsverbotens zusammen behandelt werden. <sup>1)</sup>

Diesem Grundsatz der Einstweiligkeit könnte der Erlaß einer einstweiligen Verfügung im **Arbeitskampf** widersprechen. Denn durch sie wird der Streik endgültig, nicht nur vorläufig<sup>2)</sup> gebrochen. Durch das Streikverbot erlangt der Antragsteller Erfüllung seines Unterlassungsanspruchs. <sup>2)</sup>

Der Grundsatz der lediglich vorläufigen Regelung könnte sich schon aus den Formulierungen in §§ 935, 940 ZPO "einstweilige Verfügung", "einstweiliger Zustand" ergeben.

Aber auch die gesamte Einordnung der einstweiligen Verfügungen in das Prozeßsystem, insbesondere ihr Verhältnis zur Hauptklage läßt deutlich die Natur einer nur vorläufigen Sicherungsmaßnahme hervortreten. <sup>3)</sup> Der Zweck der einstweiligen Verfügung erfordert, daß durch sie weder die Entscheidung der Hauptsache präjudiziert noch in den Parteirollen etwas geändert werden darf. <sup>4)</sup>

In der Weimarer Zeit wurden einstweilige Verfügungen in Arbeitskämpfen in der Literatur überwiegend abgelehnt, weil diese praktisch den Rechtsstreit im voraus beenden würden. <sup>5)</sup>

1962 hat das Arbeitsgericht Kiel <sup>6)</sup> den bei ihm während des Bauarbeiterstreiks gestellten Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen die Gewerkschaft mit der Begründung abgelehnt, das totale Verbot eines bereits angelaufenen Streiks um die Frage der Tarifwidrigkeit durch eine einstweilige Verfügung sei unzulässig, weil damit kein einstweiliger Zustand hergestellt, sondern endgültige Entscheidungen getroffen würden, für die das Verfahren nach § 940 ZPO nicht vorgesehen sei.

---

1) vgl. Jauernig, ZZP 79, 321 (323, 332)

2) Faupel, DB 1971, 817

3) Ortmann S. 40

4) vgl. Ortmann S. 40;  
Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 3

5) vgl. Kiesel, ArbR 1927, 716 ff;  
vgl. aber Ortmann, besonders S. 74;  
Flatow-Joachim, ArbGG § 62 Anm. 10 b

6) v. 13. 4. 1962 (3 a G a 7/62) zitiert bei Hoffmann, AuR 1968, 34

Die dort angesprochene Durchführung des Grundsatzes der **Einstweiligkeit** der Maßnahmen ist in der Praxis immer wieder auf Schwierigkeiten gestoßen.

Oft kann das Gläubigerrecht nur durch eine zu seiner Befriedigung führenden Maßnahme geschützt werden. Deshalb hat die Rechtsprechung und ihr folgend die Wissenschaft in der Weimarer Zeit Ausnahmen zugelassen und den starren Grundsatz des Befriedigungsverbotcs durchbrochen. 1)

Daher nahm Juncker bereits 1928 an, daß damit bereits ein Gewohnheitsrecht geschaffen sei. 2) Er stützte sich auf eine Formulierung in den Motiven, daß die Mittel zur Abwehr bis an die äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen könnten. 3)

Güthe, Weismann und das OLG Kassel haben sich dafür ausgesprochen, bei der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO vorläufige Anordnungen mit Befriedigungswirkung unter der Voraussetzung, daß sie weder die Entscheidung über das zu sichernde Recht vorwegnehmen, noch als antizipierte Vollstreckung dessen endgültige Vollziehung enthalten, zuzulassen. 4)

Ausgangspunkt der Untersuchung der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf muß § 940 ZPO sein. Aus seinem Wortlaut könnte man schließen, daß die Regelung nicht endgültig sein darf.

Da bei jeder einstweiligen Verfügung die Klageerhebung in der Hauptsache verlangt werden kann (§§ 936, 926 Abs. 1 ZPO), ist keine einstweilige Verfügung rechtlich irreparabel. Die Zulässigkeit einer Anordnung kann daher nicht mit dem Hinweis auf § 926 Abs. 1 ZPO begründet werden. Sonst dürfte es überhaupt keine inhaltlich unzulässigen Anordnungen geben. 5)

Zweifelhaft ist, ob die tatsächliche Endgültigkeit einer Maßnahme ein geeignetes Merkmal ist, um die zulässigen Anordnungen von den unzulässigen abzugrenzen.

---

1) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 34

2) vgl. Stein-Juncker, S. 331;  
Ortmann, S. 40

3) Mot. zum Entwurf III der ZPO Reichstagsdrucksache 1874/75 III Bd. S. 582

4) Güthe, ZZP 24, 346 (402 ff);  
Weismann, S. 250;  
OLG Kassel v. 11. 7. 1919, OLG E 1920, 433 f

5) Brändel S. 97;  
vgl. Dietz-Nikisch, ArbGG § 62 Rdn. 37

Nach wohl noch überwiegender Meinung <sup>1)</sup> widerspricht es dem Überbrückungscharakter des vorläufigen Rechtsschutzes, wenn eine einstweilige Verfügung "Befriedigungswirkung" hat. Einstweilige Verfügungen, die dem Antragsteller das zu kommen lassen, was er aufgrund seines materiell-rechtlichen Anspruches zu fordern berechtigt ist, seien grundsätzlich unzulässig, da sie dem Antragsteller Erfüllung und nicht lediglich Sicherung seines Anspruches verschaffen würden. <sup>2)</sup>

Gerade die einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf können Befriedigungswirkung haben.

Einleitungs-, Fortführungs- und Exzessverbote sowie Einwirkungsgebote führen de facto zur Erfüllung der Unterlassungs- und Einwirkungsansprüche des Antragstellers. Derartige Anordnungen müßte man demnach für unzulässig halten, weil sie die Befriedigung des Hauptanspruches vorwegnehmen.

Damit wäre die Unterbindung von Arbeitskämpfen im Wege der einstweiligen Verfügung praktisch unmöglich. <sup>3)</sup>

Schlüssig erscheint es von der Befriedigungswirkung auf die Unzulässigkeit der Anordnung im Rahmen eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO zu schließen, da diese beiden Institute Sicherungscharakter haben und daher wohl auch keine Befriedigung des Gläubigers herbeiführen dürften.

Zweifelhaft ist aber, ob dies auch für die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO zutrifft.

In § 940 ZPO ist das gegen die Zulässigkeit einer Befriedigungswirkung sprechende Erfordernis der Sicherung ganz fallen gelassen und als Zweck der Verfügung

---

1) vgl. Baumbach-Lauterbach, § 938 1 A; Wieczorek, § 938 A I b 2; Flatow-Joachim, ArbGG § 62 Anm. 10 b

2) vgl. Blomeyer, S. 665

3) Brändel, S. 98; Flatow-Joachim, § 62 Anm. 10 b und Hoffmann (AuR 1968, 50) haben diese sehr weitgehende, dogmatisch konsequente Forderung für das Arbeitskampfrecht gezogen.

nur die Regelung eines einstweiligen Zustandes genannt. <sup>1)</sup> Tatsächlich schließt die Einstweiligkeit einer Regelung die Befriedigung des Gläubigers nicht aus. Wird dem Antragsgegner z. B. aufgrund einer Hauptunterlassungspflicht untersagt, eine Handlung vorzunehmen und kommt der Antragsgegner dem Verbot nach, so wird der Gläubiger einstweilen befriedigt.

Es liegt also nicht im Wesen <sup>2)</sup> der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO als eines vorläufigen Rechtsbehelfes, daß die angeordnete Maßnahme grundsätzlich nicht zu einer endgültigen Befriedigung des Gläubigers führen soll. Wenn besondere Umstände des Einzelfalles die Anwendung des § 940 ZPO gebieten, dann muß auch zu den äußersten Mitteln gegriffen werden. <sup>3)</sup>

Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Arbeitskampf durch gerichtlichen Eingriff gestoppt werden soll oder nicht, gibt es nur zwei Möglichkeiten. Verneint man generell den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, so stellt man den Antragsteller bis zur Rechtskraft des Urteils im Hauptprozeß völlig schutzlos. Da das Rechtsstaatsprinzip aber auch einen möglichst umfassenden gerichtlichen Schutz gebietet, <sup>4)</sup> müßte das Faktum, daß im Arbeitskampf die Anordnung einer Kampfunterlassung immer zu einer vorläufigen Befriedigung des Anspruchs des Antragstellers bis zum Hauptprozeß führt, <sup>5)</sup> in Kauf genommen werden. <sup>6)</sup> Dieses starre Alles oder Nichts kann vermieden werden durch eine Grenzziehung der Erfüllungswirkung. Im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes ist bisher ein Antragsgegner nur in besonderen Notsituationen zur Befriedigung von Geldansprüchen verurteilt worden. <sup>7)</sup> Entscheidend war die Existenzgefährdung des

---

1) vgl. Thomas-Putzo, § 940 ZPO Anm. 1

2) vgl. Scheuerles grundsätzliche Kritik des Wesensarguments, AcP 163, 429 ff

Die "Wesens"betrachtung dient hier nicht einer tragenden juristischen Begründung ablehnender Art (vgl. AcP 163, 471);

vgl. auch die "Wesens"schau des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung bei Hueck-Nipperdey-Säcker, § 47, S. 853-977

3) vgl. auch Heckelmann, AuR 1970, 177;  
Jauernig, ZZP 79, 331 ff

4) Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 20 Rdn. 92

5) Faupel, DB 1971, 868

6) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 176

7) OLG Kassel v. 11. 6. 1919, OLG Rechtspr. 40, 433; OLG Kiel v. 26. 8. 1958, DB 1958, 915 (e. V. auf Lohnzahlung während Kündigungsschutzstreik); ArbG Minden v. 11. 6. 1970, DB 1970, 1983; vgl. auch Schuler, NJW 1959, 1801 Fußn. 2 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung

### Antragstellers. 1)

Die einstweilige Verfügung zur vorläufigen Befriedigung von Geldansprüchen kann aber nicht anders behandelt werden, als die einstweilige Verfügung auf Unterlassung von Handlungen. Allen einstweiligen Verfügungen auf Befriedigung von materiellen Ansprüchen - sei es auf Zahlung oder Unterlassung einer Handlung - unterliegen den gleichen Voraussetzungen für ihren Erlaß. Deshalb besteht auch kein Anlaß, die sog. befriedigende Leistungsverfügung auf die Fälle der Geldleistung zu beschränken. 2) Dieser Ansicht neigt wohl aber Rosenberg 3) zu, der als Beispiele für die einstweilige Verfügung mit Befriedigungstendenz ausschließlich Geldzahlungen aufführt.

Zur Regelung eines einstweiligen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis nach § 940 ZPO gibt Rosenberg die Möglichkeit, das Rechtsverhältnis in einen Friedenszustand zu versetzen, ohne daß der Antragsteller gerade ein Recht auf Vornahme der angeordneten, auf Unterlassung der verbotenen Handlung oder auf Herstellung des angeordneten Zustands zu haben braucht. Rosenberg führt für die von ihm vorgenommene Differenzierung und Beschränkung, für die kein sachlicher Grund zu erkennen ist, keine Begründung an.

Richtig erscheint es, den Bereich der sog. befriedigenden Leistungsverfügung als viel umfassender anzusehen. 4) Sie ist überall dort gegeben, wo der vom Antragsteller geltend gemachte materiell-rechtliche Anspruch schon durch die einstweilige Verfügung ganz oder teilweise befriedigt wird. Ihre rechtliche Grundlage ist ebenfalls § 940 ZPO. 5) Es handelt sich nicht um eine dritte Art der Verfügungen nach § 940 ZPO, sondern um eine besondere Art der Verfügungen nach § 940 ZPO. 6)

Daher ist für alle Arten von Ansprüchen, auch in einem rechtswidrigen Arbeitskampf die befriedigende Leistungsverfügung gegeben. 7)

---

1) vgl. Schönke-Baur, S. 220; Faupel, DB 1971, 869; Heckelmann, AuR 1970, 176

2) Schönke-Baur, S. 219; Baur, BB 1964, 608 f

3) Rosenberg, S. 1103 ff

4) Schönke-Baur, S. 202

5) Baur, BB 1964, 608

6) Blomeyer, ZZP 65, 65

7) vgl. dazu Faupel, DB 1971, 869; Wenzel, DB 1966, 2026 f; IAG Hamm v. 19.6.1970, BB 1970, 885, das für eine Urlaubsbewilligung in einem dringenden Fall eine einstweilige Verfügung zugelassen hat, da die Natur des Anspruchs keine andere "Sicherung" als den Erfüllungszwang übrig ließ.

Für ihre Anwendung kommt es nicht darauf an, ob ein rechtswidriger Arbeitskampf bevorsteht oder schon ausgebrochen ist. 1)

### 63 Der Interessenvergleich als Entscheidungskriterium

Ein Entscheidungskriterium für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts könnte der Vergleich der Interessen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite bieten.

### 631 Die Höherwertigkeit

Im allgemeinen wird man die Höherwertigkeit nur dann annehmen können, wenn sehr hoch einzuschätzende Interessen des Gläubigers auf dem Spiele stehen und im Vergleich hiermit die Beeinträchtigung des Schuldners geringwertiger erscheint. Darauf haben schon früher einige Oberlandesgerichte hingewiesen. 2) So haben sie nur ausnahmsweise eine einstweilige Verfügung mit Befriedigungswirkung zur Wahrung höherwertiger Interessen zugelassen. 3) Standen dagegen gleichwertige Vermögensinteressen auf dem Spiel, haben sie den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in der Regel abgelehnt. 4)

Zweifelhaft erscheint jedoch, ob eine solche Abwägung der Interessen ein geeignetes Kriterium für die Entscheidung über die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf sein kann.

- 
- 1) vgl. Hessel, DB 1967, 2071; Brändel, S. 14 f  
a. A. Brox-Rüthers, S. 295
  - 2) vgl. KG v. 15. 3. 1920, JW 1920, 566 f;  
OLG Frankfurt v. 28. 5. 1926, JW 1926, 2114;  
v. 20. 6. 1932, JW 1932, 3728
  - 3) OLG Kiel v. 18. 1. 1933, JW 1933, 2925;  
OLG Karlsruhe v. 16. 4. 1930, JW 1930, 2068;  
OLG Frankfurt v. 20. 6. 1932, JW 1932, 3728;  
OLG Karlsruhe v. 18. 12. 1925, JW 1925, 827;  
OLG Frankfurt v. 28. 5. 1926, JW 1926, 2114
  - 4) vgl. OLG Frankfurt v. 20. 6. 1932, JW 1932, 3728;  
OLG Kiel v. 18. 1. 1933, JW 1933, 2925;  
OLG Celle v. 5. 8. 1952, NJW 1952, 1221

Das Interesse des antragstellenden Arbeitgebers am Erlaß der einstweiligen Verfügung müßte höherwertig sein als die Interessen des Antragsgegners, die durch die einstweilige Verfügung getroffen werden.

Ist der Sachverhalt im summarischen Verfahren nicht hinreichend geklärt, so ist offen, welchen der entgegengesetzten Interessen die Rechtsordnung in Wahrheit zur Seite steht. Hier besteht die Gefahr, daß rechtlich geschützte Interessen verletzt werden. Weist der Richter den Antrag zurück, so werden unter Umständen die Rechtsgüter des Antragstellers beeinträchtigt. Erläßt er die einstweilige Verfügung, so greift er unter Umständen in die geschützte Rechtssphäre des Antragsgegners ein. <sup>1)</sup> Da der Richter aber verpflichtet ist, alles Erforderliche zu tun, um das ranghöhere Interesse zu schützen, bedarf es grundsätzlich einer Gegenüberstellung der auf dem Spiel stehenden Interessen und ihrer Abwägung durch den Richter.

632

### Veränderungs- und Beharrungsinteresse

Bei der Interessenabwägung stehen sich gegenüber einerseits das Interesse der Arbeitnehmer an der Verbesserung ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Veränderungsinteresse), andererseits das Interesse des Arbeitgebers an der Beibehaltung der bestehenden Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (Beharrungsinteresse).

Zweifelhaft ist nun, wie man Veränderungsinteresse und Beharrungsinteresse bewerten soll.

6321

### Brändels Wertung

Brändel <sup>2)</sup> geht grundsätzlich von der Gleichwertigkeit des Veränderungs- und des Beharrungsinteresses aus. Er spricht dem angegriffenen Arbeitgeber aber noch das weitergehende Interesse zu, daß der im Tarifvertrag vereinbarte Arbeitsfriede gewahrt bleibt und kein rechtswidriger Arbeitskampf vom Zaun gebrochen wird. Wegen der aus einem solchen Arbeitskampf entstehenden Folgen für beide Tarifpartner erscheint es Brändel <sup>3)</sup> gerechtfertigt, das Interesse des Angegriffenen höher zu bewerten als das Veränderungsinteresse des Angreifers.

---

1) Brändel, S. 101

2) S. 103

3) S. 105

Diese Folgerung muß man aber selbst dann nicht ziehen, wenn man Hoffmanns überspitzte, durch nichts gerechtfertigte Rüge an der - angeblich - "von der herrschenden Meinung vorgenommenen Umwertung der arbeitsvertraglichen zweiseitigen Beziehung in ein einseitiges Herrschaftsrecht des Unternehmers" für zutreffend hielte. 1)

Sicherlich kann ein Streik durch eine spätere Gerichtsentscheidung mit allen seinen Wirkungen nicht aus der Welt geschafft werden. 2) Trotzdem besteht aber ein wesentlicher Unterschied in der Rechtsposition zwischen der den Streik tragenden Gewerkschaft und den vom Streik betroffenen Arbeitgebern. Wird ein Streik durchgeführt, der sich nachträglich als rechtswidrig herausstellt, so haftet die verantwortliche Gewerkschaft für alle durch den Streik entstandenen Schäden. Wird dagegen ein Streik durch einstweilige Verfügung unterbrochen und stellt sich nachträglich heraus, daß er rechtmäßig gewesen wäre, so stehen der Gewerkschaft wegen des unberechtigt verbotenen Streiks und des dadurch entstandenen Schadens keine Schadensersatzansprüche zu - ganz abgesehen davon, daß sich die verloren gegangene sozialpolitische Chance überhaupt nicht in Geld messen läßt. 3)

Wenn man Brändels Ansicht, es stehe mehr auf dem Spiel, wenn man dem Arbeitskampf untätig zusehe, als wenn man ihn zwangsläufig unterbinde, folgt, so bewertet man einerseits das Veränderungsinteresse geringer, schafft andererseits aber zugunsten des Arbeitgebers eine finanzielle Streikversicherung für jeden rechtswidrig gewerkschaftlich organisierten Streik. Schäden und Verluste ergeben sich gerade bei längeren Streiks sowohl für die Gewerkschaften, die den Streik aus den Mitgliederbeiträgen finanzieren müssen, als auch für jeden einzelnen Streikenden, dessen Lohnausfall durch die gewerkschaftlichen Unterstützungen immer nur zum Teil ersetzt wird. Die Auffassung Brändels 4) hat allenfalls ihre Berechtigung, wenn ein sog. wilder Streik, dessen Streikleitung nicht erkennbar ist und der von einer "zusammengeroteten Masse" 5) von Arbeitnehmern getragen wird, auf den Arbeitgeber zukommt.

---

1) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 36

2) Hessel, DB 1967, 2087

3) Hessel, DB 1967, 2071

4) vgl. Brändel, S. 103

5) Hueck-Nipperdey II (6. Auflage), S. 641

Da also generell von der Gleichwertigkeit des Beharrungs- und Veränderungsinteresses auszugehen ist, <sup>1)</sup> kann diese Abwägung kein geeignetes Kriterium für die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung sein. Der Wortlaut des § 940 ZPO zwingt auch keineswegs zu der Folgerung, es müsse für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung eine solche Güterabwägung erfolgen. Die "Notwendigkeit" der beantragten Regelung spricht gerade für eine Beurteilung, die einseitig aus dem Bedürfnis des Gläubigers bzw. des Antragstellers an seinem Rechtsschutz zu orientieren ist.

Die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO kann also immer dann zu einer Befriedigung des Arbeitgebers führen, wenn der gerichtliche Eingriff zur Abwendung wesentlicher Nachteile für das Unternehmen oder zur Verhinderung drohender Arbeitskämpfmaßnahmen nötig erscheint. <sup>2)</sup>

Nach der rechtlichen Fundierung der einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf im arbeitsgerichtlichen Verfahren soll die Darstellung des möglichen Inhalts einstweiliger Anordnungen und die Untersuchung der Frage folgen, unter welchen Voraussetzungen der Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf möglich ist.

Die einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf verbieten Handlungen, die den Arbeitsfrieden stören und die Rechtsordnung verletzen, oder sie gebieten Handlungen, die mit dem Arbeitsfrieden in Einklang stehen. <sup>3)</sup>

Der Inhalt der einstweiligen Verfügung kann vielfältig sein. Das Gericht hat nach § 938 ZPO "freies Auswahlermessen" <sup>4)</sup> hinsichtlich des Inhalts seiner einstweiligen Maßnahmen, soweit sie für den konkreten Zweck der Sicherung erforderlich sind. <sup>5)</sup> Dadurch ist es möglich, differenzierte Lösungen zu finden, die

- 
- 1) vgl. Faupel, DB 1971, 869
  - 2) vgl. Thomas-Putzo, § 940 Anm. 1;  
Hoffmann, AuR 1970, 177
  - 3) vgl. Brändel, S. 20
  - 4) vgl. zu diesem Begriff Wolff I S. 171;  
vgl. auch Blomeyer, ZZP 81, 42
  - 5) vgl. Baur, S. 73;  
Hoffmann, AuR 1968, 41;  
Ortmann, S. 35

der Situation des Einzelfalls gerecht werden. Die Maßnahmen müssen sich aber im Rahmen des gestellten Antrags bewegen. Zwar besteht keine strenge Bindung, keinesfalls darf dem Antragsteller aber mehr zugesprochen werden, als er beantragt hat. 1)

Typenmäßig lassen sie sich unter den Begriffen Einleitungsverboten, Fortführungs- und Unterstützungsverboten und Exzessverboten zusammenfassen.

Einleitungsverbote sollen den Ausbruch eines Arbeitskampfes verhindern. Sie haben lediglich vorbeugenden Charakter. Einstweilige Verfügungen in Form der Einleitungsverbote verbieten z. B. den Arbeitskampf einzuleiten, zu Kampfmaßnahmen aufzurufen, Streikposten aufzustellen. 2)

Fortführungs- und Unterstützungsverbote setzen voraus, daß der Arbeitskampf bereits ausgebrochen ist. Sie sollen dessen Beendigung so schnell wie möglich herbeiführen. Die einstweiligen Verfügungen in diesem Bereich können das Verbot enthalten, den Arbeitskampf fortzusetzen, den Streikenden ideell oder materiell zu unterstützen oder das Gebot, den Arbeitskampf der Verbandsmitglieder aufzuheben oder alle weiteren Kampfmaßnahmen zu unterlassen. 3)

Exzessverbote richten sich nicht gegen den Arbeitskampf als solchen, sondern sollen nur einzelne Kampfhandlungen unterbinden. Hier richtet sich die einstweilige Verfügung lediglich gegen Exzesse des Arbeitskampfes, z. B. die gewaltsame Hinderung Arbeitswilliger am Betreten des Betriebsgrundstückes oder sonstige Terrormaßnahmen gegen sog. Streikbrecher. 4)

---

1) Thomas-Putzo § 938 Anm. 1

2) infolge der engen Fassung des Begriffs der "Kampfmaßnahme" wird auch der Inhalt der Einleitungsverbote enger; vgl. Brändel, S. 18; vgl. Faupel, DB 1971, 818 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch Reuss (Festschrift Heymann), S. 266 ff

3) vgl. Brändel, S. 18 f; Heckelmann, AuR 1970, 168 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Faupel DB 1971, 818 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

4) vgl. Brändel, S. 19; Heckelmann, AuR 1970, 168 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Faupel DB 1971, 818

Allgemeine Voraussetzungen für den Erlaß von einstweiligen Verfügungen nach § 940 ZPO in Streiks

Die einstweilige Verfügung hat der Regelung eines einstweiligen Zustandes zu dienen. Sie gewährt provisorischen Rechtsschutz bis zur endgültigen Streitentscheidung. Grundsätzlich genügt zur Gewährung von Rechtsschutz, daß alle Klagevoraussetzungen erfüllt sind. Wer einen Anspruch hat, genießt auch ohne weiteres den in der Klage gewährten Rechtsschutz. <sup>1)</sup>

Zum Erlaß der einstweiligen Verfügung müssen darüber hinaus noch weitere prozessuale Erfordernisse erfüllt sein.

Das "streitige Rechtsverhältnis"

Gemäß § 940 ZPO muß ein "streitiges Rechtsverhältnis" vorliegen. Das Rechtsverhältnis kann auch erst aus der Gefährdung der Rechtssphäre erwachsen. <sup>2)</sup>

Da dieses nicht notwendig ein dauerndes zu sein braucht, wie sich aus der Formulierung des § 940 ZPO ergibt, <sup>3)</sup> genügt das Drohen einer (rechtswidrigen) Streiksituation. Das streitige Rechtsverhältnis kann aber auch erst durch schädigende Kampfmaßnahmen entstehen. <sup>4)</sup> Damit umfaßt das streitige Rechtsverhältnis alle denkbaren Beeinträchtigungen tatsächlicher und rechtlicher Natur, die eine Arbeitskämpfpartei treffen können und für die das Arbeitsgericht zuständig ist. "Streitig" wird das Verhältnis dadurch, daß die betroffene Arbeitskämpfpartei die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes leugnet, <sup>5)</sup>

Im Rahmen dieser Untersuchung sollen aus dieser Fülle denkbarer Fälle nur Beeinträchtigungen des durch einen Streik betroffenen Arbeitgebers herausgegriffen werden.

Aus der Formulierung "streitiges Rechtsverhältnis" ergibt sich noch nichts über die Qualität der rechtlichen Beziehung.

- 
- 1) vgl. Lent-Jauernig, S. 106 ff zum Rechtsschutz- bzw. Justizanspruch
  - 2) RG v. 30. 12. 1899, JW 1899, 770; Quaritsch, VerwArch 51, 346
  - 3) Baumbach-Lauterbach, § 940 Anm. 2
  - 4) Wieczorek, § 940 Rdn. B II
  - 5) vgl. Quaritsch, VerwArch 51, 343 ff; Thomas-Putzo § 940 Anm. 2

652

Materiell-rechtlicher Anspruch des Arbeitgebers

Zweifelhaft ist, ob erforderlich ist, daß der antragstellende Arbeitgeber möglicherweise einen Anspruch gegen den Anspruchsgegner haben kann, <sup>1)</sup> oder ob er möglicherweise einen materiell-rechtlichen Anspruch haben muß, <sup>2)</sup>

Ob § 940 ZPO einen materiell-rechtlichen Anspruch voraussetzt, ist bestritten, <sup>3)</sup>

6521

Polizeirechtlicher Charakter der einstweiligen Verfügung

Einige Autoren, die in der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO eine Maßnahme mit polizeilichem Charakter sehen, <sup>4)</sup> folgern daraus, daß kein materiell-rechtlicher Anspruch des Antragstellers erforderlich sei. <sup>5)</sup> Sie begründen dies damit, daß die Polizeiverfügung zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die einstweilige Verfügung in der Form der Regulationsanordnung nach § 940 ZPO zur Wahrung des Rechtsfriedens verwandte Strukturen aufweisen, <sup>6)</sup> da die Polizei auch im Interesse des Einzelnen tätig werde und evtl. sogar tätig werden müsse. <sup>7)</sup> Hier liege eine sowohl sachlich wie auch historisch begründete Nahtstelle zwischen einstweiligen Befugnissen und Polizeikompetenzen. <sup>8)</sup>

Da aber die einstweilige Verfügung ihre Berechtigung schon aus dem öffentlichen Interesse an einer vorläufigen Zustandsregelung erfahre, könne es auf das Bestehen eines privatrechtlichen Anspruches nicht mehr ankommen. Für den Erlaß ei-

---

1) Baumbach-Lauterbach § 940 Anm. 2 A

2) vgl. Brändel, S. 36 ff; Feller, RdA 1963, 132

3) für die Notwendigkeit einer materiell-rechtlichen Prüfung Baumgärtel, AcP 168, 401 (403); Brändel, S. 37 ff; Baur, S. 35; Feller, RdA 1963, 128 (132); Heckelmann, AuR 1970, 171; Koebel, NJW 1967, 321 (323); wohl auch OLG München v. 15. 11. 1962, NJW 1963, 303; a. A. Baumbach-Lauterbach, § 940 Anm. 2 A; Thomas-Putzo, § 940 Anm. 2; Stein-Jonas, § 940 Anm. II 2

4) vgl. Baur, S. 34; Blomeyer, S. 667; Cohn, JW 1915, 1421 (1425); Rohmeyer, S. 153

5) vgl. Peters, S. 81; wohl auch Schulte, S. 67 ff; Stein-Jonas, vor § 916 Anm. III ZPO

6) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 49

7) vgl. Martens, JuS 1962, S. 245 ff, 248 ff; Rohmeyer, S. 153; Henke, DVBl. 1964, 649 ff, 652 ff; Mayer-Ule, S. 653 ff

8) so Rohmeyer, S. 51, 153; vgl. auch Enneccerus-Lehmann, S. 1008

ner einstweiligen Verfügung ist also nach dieser Ansicht notwendig und ausreichend, daß unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder dem Interesse der Allgemeinheit eine einstweilige Friedensregelung erforderlich ist.

65211

### Das historische Argument

Beim Arbeitskampf zeigt die Polizeiverfügung zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung "verwandte Strukturen" mit der Regelungsanordnung nach § 940 ZPO auf. Die "Regelungsanordnung" hatte früher überwiegend polizeilichen Charakter. Gemäß § 10 des zweiten Teils des siebenzehnten Titels des allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten von 1794 gehörte zum Wesen der Polizei die Abwehr von Gefahren, die Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, teils der Schutz vor geringen Übeln, teils die Wohlfahrtspflege. <sup>1)</sup> Der Staat traf hoheitlich Maßregeln nicht nur für das irdische, sondern auch das seelische Wohl seiner Untertanen. Zu den irdischen Dingen gehörten nicht nur die Sorge für die Sicherheit, für den Schutz der Untertanen vor Gefahren, sondern darüber hinaus die Sorge für die öffentliche und private Wohlfahrt. <sup>2)</sup> Dabei entwickelte sich aus einer summarischen Besitzstandsregelung zur Erhaltung der vorläufigen Sicherheit im 19. Jahrhundert bis gegen dessen Ende ein eigenes summarisches Verfahren, das neben zivilrechtlichen Bagatellangelegenheiten vor allem den vorläufigen Zustand bei privatrechtlichen Streitigkeiten regelte. <sup>3)</sup>

Bis dahin verfügte die Ziviljustiz noch nicht über ein umfassendes eigenes Verfahren. Dieses entwickelte sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts bis hin zur ZPO allmählich neben der polizeilichen Befugnis. <sup>4)</sup>

Daher erscheint es zweifelhaft, ob man die "historische" Regelungsanordnung ohne weiteres unter Bezugnahme auf den früheren Rechtszustand in das Arbeitskampfrecht transponieren kann. Hoffmann bringt jedenfalls für seine Ansicht keine Begründung, die die Brücke zu der derzeitigen gesetzlichen Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes in §§ 62 ArbGG, 940 ZPO schlägt. <sup>5)</sup>

- 
- 1) vgl. Lehmann, S. 17 ff; vgl. den bei von Mohl aufgeführten Aufgabenkatalog
  - 2) vgl. Lehmann, S. 17
  - 3) Hoffmann, AuR 1968, 49 mit Fußn. 171
  - 4) vgl. Rohmeyer, S. 20 ff, 25 ff, 34; Hoffmann, AuR 1968, 49 m. w. N.
  - 5) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 49 f

Die Argumentation Hoffmanns, aus der geschichtlichen **Herausbildung** der einstweiligen Verfügung folge die Rechtsnatur als Polizeimaßnahme und daraus müsse man ihre generelle Unzulässigkeit als Konsequenz folgern, geht fehl. 1)

Die Rechtfertigung der einstweiligen Verfügung allein unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder dem Interesse der Allgemeinheit an einer vorläufigen Zustandsregelung ohne materiell-rechtlichen Anspruch des Antragstellers 2) vermag nicht zu überzeugen.

Dagegen spricht schon, daß ein Arbeitskampf stets Unruhe, Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung, Schädigung der allgemeinen Volkswirtschaft mit sich bringt. Damit wäre die einstweilige Verfügung immer zulässig. Einer weiteren Prüfung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes bedürfte es nicht. 3)

Die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO soll den Rechtsfrieden wahren und den bestehenden Rechtszustand schützen. Dieser bedarf dann des gerichtlichen Schutzes, wenn er verletzt oder gefährdet ist. Der Rechtszustand wird durch Normen geprägt. Seine Verletzung bedeutet somit zugleich Verletzung oder Gefährdung von Rechtsnormen. Der durch die Norm Geschützte erlangt also bei Verletzung oder Gefährdung seiner Position ein Abwehrrecht, das sich in einem Anspruch auf Beseitigung der Folgen der Verletzung oder auch Unterlassung verfestigt hat.

Heckelmann 4) bringt zu Recht das Argument, daß die Ausgestaltung der §§ 935 ff ZPO als eine Art Erkenntnisverfahren, dessen abschließende Entscheidung im Hauptprozeß auf der Grundlage des materiellen Rechts überprüft wird, für das Erfordernis der materiellen Schlüssigkeitsprüfung spricht.

65212

### Das Antragserfordernis

Gegen die Rechtfertigung der einstweiligen Verfügung aus dem öffentlichen Interesse spricht auch das Antragserfordernis (§§ 936, 920 ZPO). 5)

---

1) Hoffmann, AuR 1968, 49 ff

2) vgl. Peters, S. 81; Stein-Jonas, Vor § 916 ZPO Anm. III

3) vgl. Brändels weitere Argumentation aus dem öffentlichen Interesse und seine nicht überzeugende Schlußfolgerung (S. 37 ff)

4) Heckelmann, AuR 1970, 178

5) Brändel, S. 37

Unschädlich ist, daß der Antragsteller keinen bestimmten, fest umrissenen Antrag stellen muß, 1) sondern lediglich in seinem Rechtsschutzgesuch das von ihm erstrebte Rechtsschutzziel zu erkennen geben muß. Er muß aber sagen, "was" geregelt werden muß. 2)

Hätte der Richter die Aufgabe, im öffentlichen Interesse in diesem Bereich zu handeln, dann müßte er von Amts wegen handeln können, da überall, wo öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, die Staatsorgane ohne Anstoß von privater Seite tätig werden können. 3)

6522

### Zweck der einstweiligen Verfügung

Die richtige Lösung ergibt sich, wenn man den Zweck des § 940 ZPO zur Prüfung heranzieht. Er spricht von einer Zustandsregelung bei einem streitigen Rechtsverhältnis. Für dieses streitige Rechtsverhältnis muß der Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben sein, sonst wäre die einstweilige Verfügung unzulässig. Daraus folgt, daß es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG handeln muß. Die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO dient also dem Schutz streitiger privater Rechtsverhältnisse. Sie ist kein Mittel zur Wahrung des öffentlichen Interesses. Dies gilt auch für die einstweilige Verfügung, die ihre gesetzliche Fundierung in §§ 62 ArbGG i. V. mit 940 ZPO für das arbeitsgerichtliche Verfahren erhält. Aus dem Katalog des § 2 ArbGG und dem sich daraus ergebenden Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung ergibt sich ebenfalls, daß auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht das öffentliche Interesse, sondern das Interesse der Parteien des Arbeitsgerichtsprozesses Grundlage der einstweiligen Verfügung im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist.

Im ordentlichen Prozeß ist die Antwort auf die Frage, ob der Richter an das materielle Recht gebunden ist, eindeutig.

Der Kläger stellt aufgrund der von ihm vorgetragenen tatsächlichen Behauptungen einen bestimmten Antrag. Nach materiellem Recht entscheidet es sich, ob sich aus den von ihm behaupteten und bewiesenen Tatsachen die von ihm beantragte Rechtsfolge ergibt. Das Gericht hat nur die Wahl zwischen einer zusprechenden oder abweisenden Entscheidung. Eine Gestaltungsbefugnis in dem Sinne, daß es statt der sich aus dem materiellen Recht ergebenden Rechtsfolge eine ihm zweckmäßiger erscheinende Entscheidung treffen könnte, gibt es hier nicht. 4)

---

1) wohl anderer Ansicht Heckelmann, AuR 1970, 171

2) Baur, S. 71

3) vgl. Brändel, S. 37; Baur, S. 71 ff

4) vgl. Baur, S. 18

Anders stellt sich die Abhängigkeit der richterlichen Entscheidung vom materiellen Recht im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes dar. Als Gründe hierfür ist die Notwendigkeit des raschen Eingriffs, die eine eingehende Prüfung der Rechtslage verhindern kann, zu nennen. Außerdem wird meistens die für eine Entscheidung gebotene Tatsachengrundlage schmalere und unsicherer sein als im ordentlichen Prozeß. Aber selbst wenn die behaupteten und glaubhaft gemachten Tatsachen eine bestimmte im materiellen Recht vorgesehene Rechtsfolge ergeben, so könnte diese Rechtsfolge als Maßnahme des einstweiligen Rechtsschutzes nicht angeordnet werden dürfen, wenn sie nicht mehr der Regelung eines einstweiligen Zustandes dient, sondern die volle Befriedigung des Antragstellers bedeuten würde. Würde man in dem in § 940 ZPO geregelten Verfahren ein rein prozessuales Institut sehen, so könnte man kaum von einem Erkenntnisverfahren sprechen, das doch auch das Verfahren der einstweiligen Verfügung sein soll.

6523

### Ergebnis

Wenn § 940 ZPO im Gegensatz zu § 935 ZPO nicht an die Sicherung eines Anspruchs, sondern an ein streitiges Rechtsverhältnis anknüpft und dem Friedensschutz innerhalb des Privatrechts dient, so ist damit noch nicht der Schluß zu ziehen, daß eine einstweilige Verfügung ergehen kann, ohne daß irgendwelche materiell-rechtlichen Voraussetzungen geprüft werden müßten.

Gegen die ausschließlich prozessuale Art des Instituts des einstweiligen Rechtsschutzes spricht schon die Vorstellung des Gesetzes, daß die einstweilige Verfügung im Hauptprozeß nach §§ 926, 945 ZPO eine Überprüfung erfährt. <sup>1)</sup> Bestünde eine Bindung des Richters an das materielle Recht beim Erlaß der einstweiligen Verfügung nicht, so wäre es kaum möglich, daß die Anordnung "sich als von Anfang an ungerechtfertigt" i. S. des § 945 ZPO erweist.

Aus dem Zweck des § 940 ZPO folgt also, daß eine einstweilige Verfügung im Arbeitskampf nur dann erlassen werden kann, wenn die Arbeitgeberseite als Antragsteller einen materiellen Anspruch hat. <sup>2)</sup>

Da nur rechtswidrige Arbeitskämpfe anspruchserzeugend sein können, darf eine einstweilige Verfügung nur in rechtswidrigen Arbeitskämpfen ergehen. Denn nur hier überschreitet die andere Arbeitskämpfpartei ihre Befugnis, die ihr durch die Institutionsgarantie des Arbeitskampfes eingeräumt ist. Verstößt ein Arbeitskampf gegen eine Rechtsvorschrift, so kann der verletzte Gegner, wenn

---

1) Heckelmann, AuR 1970, 171

2) Baur, S. 35; Brändel, S. 39; Faupel DB 1971, 868

die materielle Rechtslage es zuläßt, mit Verboten sich gegen den Eingriff in seine Rechtssphäre wehren. <sup>1)</sup>

653

### Der Verfügungsanspruch

Den Verfügungsanspruch hat der Antragsteller wie bei der Klage nach § 253 Abs. 2 Satz 2 ZPO entsprechend positiv darzulegen. Diese Darlegung kann ihm nicht abgenommen werden. <sup>2)</sup>

Aus der Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) ergibt sich aber nicht die Verpflichtung des Antragstellers, Einwendungen und Einreden, die seinem Anspruch entgegenstehen, vorzutragen. Diese bleiben völlig außer Betracht. <sup>3)</sup>

Ob der Anspruch vorliegt, prüft das Gericht unter Würdigung aller Umstände in einer materiell-rechtlichen Schlüssigkeitsprüfung. <sup>4)</sup>

Diese bezieht sich zunächst darauf, ob der Arbeitskampf gegen die Rechtsordnung verstößt.

6531

### Gegenstand der Rechtswidrigkeitsprüfung des Arbeitskampfes

Da ein Arbeitskampf verschiedene Teilordnungen des Rechts berührt, kann er in mehrfacher Hinsicht gegen die Rechtsordnung verstoßen. So kann er verfassungswidrig, amtswidrig, tarifwidrig, betriebsverfassungswidrig, deliktisch, einzelvertragswidrig, verbandswidrig oder strafbar sein. Jede Verletzung einer dieser Teilordnungen des Rechts macht den Arbeitskampf rechtswidrig, wenn kein von der Rechtsordnung anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt.

---

1) Ortmann, S. 18

Auch die Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes im Strafprozeß (Haft, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme) erfordern eine materiell-rechtliche Prüfung. Der Erlaß dieser Maßnahmen erfordert eine Subsumtion der bisher ermittelten Tatsachen unter die Norm des materiellen Strafrechts.

2) vgl. Brändel, S. 86 ff; besonders deutlich S. 88; Heckelmann, AuR 1970, 173; Faupel DB 1971, 868

Wieczorek, § 920 Anm. B Ic1

3) Wieczorek, § 920 Anm. B Ic1

4) vgl. Brändel, S. 87 f

Hoffmann, AuR 1968, 45

Heckelmann, AuR 1970, 171

Ob ein Arbeitskampf stets nur einheitlich, d. h. in seinen kollektiven und individuellen Erscheinungsformen insgesamt als rechtswidrig oder rechtmäßig beurteilt werden kann, ist umstritten.

Die "Trennungstheorie" unterscheidet streng zwischen kollektiver und individualrechtlicher Bewertung. 1) Ihr folgte bis zum Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28. 1. 1955 2) die herrschende Meinung.

Im Anschluß an Bulla stellte das BAG in dem erwähnten Beschluß - im Zusammenhang mit dem Streik - die These auf, der Arbeitskampf sei dem Wesen nach ein einheitliches Geschehen, das rechtlich nur einheitlich betrachtet werden könne. Daher könne er auch nur insgesamt rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Fragwürdig ist der Ausgangspunkt der These von dem Streik als einem im Sinne der Rechtsordnung einheitlichen Vorgang.

Das Streikgeschehen umfaßt eine Vielzahl von Vorgängen. Diese werden lediglich unter dem Ordnungsbegriff "Streik" zusammengefaßt. 3) Das ändert aber nichts daran, daß die Vorgänge aus einer Vielzahl menschlicher Handlungen bestehen, die der rechtlichen Bewertung unterliegen. An die Träger der Handlungen als Rechtssubjekte wenden sich die Rechtsnormen. Daraus folgt, daß jedenfalls aus dem Arbeitskampfbegriff selbst sich noch keine Rechtsfolgen herleiten lassen. Vielmehr sind bei der Betrachtung der Streikvorgänge die Handlungen der Streikenden, der Gewerkschaft und der einzelnen Arbeitnehmer rechtlich gesondert zu betrachten. Auch wenn selbständige Handlungen verschiedener Rechtssubjekte soziologisch als Einheit betrachtet werden können, so kann sich nicht schon deshalb die rechtliche Gesamtbewertung rechtfertigen lassen. 4)

Dementsprechend kann entgegen der Tendenz der Rechtsprechung 5) nicht nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Streiks gefragt werden, sondern danach, ob die Maßnahme des Organisators (in der Regel die Gewerkschaft) und ob die Maßnahmen der einzelnen Arbeitnehmer rechtmäßig oder rechtswidrig sind. 6) Die einzelnen Akte, aus denen sich ein Arbeitskampf zusammensetzt, bestehen aus zwei Gruppen. Handlungen, die notwendig sind, damit man von Arbeitskampf sprechen kann, und anderen, die nur gelegentlich eines Arbeitskampfes vorkommen, ohne daß sie notwendig dazu gehören.

Die für den Arbeitskampf notwendigen kollektiv-rechtlichen Kampfmaßnahmen einerseits und die Einzelakte von Kampfteiligten, die nur gelegentlich des Ar-

---

1) vgl. Nikisch II, S. 134

2) AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

3) vgl. Kraft, RdA 1968, 434

4) vgl. Kraft, RdA 1968, 434

5) vgl. aber BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

6) vgl. Kraft, RdA 1968, 434

beitskampfes gesetzt werden, sind bei der rechtlichen Wertung zu unterscheiden. 1)

Wesentlich für die Stellung der oft unübersehbaren Vielzahl der Einzelakte im Gesamtgeschehen ist die organisatorische Grundlage des Arbeitskampfes. Regelmäßig geht der Kampfausbruch auf den Befehl einer Organisation zurück, der selbst wieder auf einer verbandsinternen Entschließung beruht. Diese und der Kampfbefehl sind für die rechtliche Wertung von besonderem Interesse, weil aus ihnen meistens das Kampfziel und die Kampfparteien zu ermitteln sind.

Im Rahmen dieser Arbeit sollen nur die typischen Kampfmaßnahmen, die den Streik prägen, nicht aber alle Handlungen, die nur gelegentlich eines Streikes vorkommen können, unter verschiedenen Teilaspekten der Rechtsordnung untersucht werden.

#### 6532 Einstweilige Verfügung in tarifvertragswidrigen Arbeitskämpfen 2)

#### 65321 Tarifvertragswidrigkeit und Tarifvertragsgesetzwidrigkeit

Arbeitskämpfe können gegen einen Tarifvertrag verstoßen, sie können aber auch eine Norm des Tarifvertragsgesetzes verletzen. Tarifvertrag und Tarifvertragsgesetz sind Mittel, die beide eine Friedensregelung zwischen den Sozialpartnern herstellen und aufrechterhalten sollen.

#### 65322 Einstweiliger Rechtsschutz vertraglicher Ordnungen

Während die Friedensordnung kraft Rechtssatzes (z. B. TVG) generelle Verhaltensgebote aufstellt, wirkt die Friedensordnung kraft Vereinbarung lediglich zwischen den Vertragsparteien. Daraus folgt aber nicht, daß ihre Gebote geringere Kraft besäßen als die staatlichen Rechtssätze. 3)

Wenn die Verletzung der vertraglichen Friedensordnung die gleichen Folgen wie eine Verletzung der staatlichen Friedensordnung hat und für die Erzwingung der Einhaltung der Pflichten die gleichen Mittel bereitstehen, müssen die Frie-

1) Brox-Rüthers, S. 54; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 978

2) Hoffmann (AuR 1968, 35 ff) läßt diesen Bereich völlig außer acht

3) Brändel, S. 33

densordnungen auch in gleicher Weise gegen Verletzungen geschützt werden.<sup>1)</sup> Die Verletzung der vereinbarten Friedensordnung kann ebenso zivilrechtliche Schadens- und Unterlassungsansprüche nach sich ziehen. Für ihre Durchsetzung stellt der Staat in gleicher Weise das Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren zur Verfügung wie für die Durchsetzung der deliktischen Ansprüche.<sup>2)</sup>

Verletzt eine Tarifpartei den Tarifvertrag, liegt insbesondere ein Verstoß gegen die Friedenspflicht vor, so tritt die Haftung aus schuldhafter Vertragsverletzung ein.<sup>3)</sup> Die andere Tarifpartei kann die Herstellung des vor der Vertragsverletzung bestehenden Zustandes verlangen, z. B. also Aufhebung von Streikmaßnahmen durch Widerruf und Beeinflussung der Mitglieder oder Beseitigung tarifwidriger Arbeitsverträge.

Im übrigen hat die Tarifpartei einen Ersatzanspruch bezüglich ihres eigenen Schadens.

Auch der Schaden der als Dritte begünstigten oder geschützten Mitglieder kann von diesen selbst oder auch von ihrer Tarifpartei zur Leistung an die einzelnen geschädigten Mitglieder nach § 335 BGB, aber auch von der Tarifpartei zur Leistung an sich selbst verlangt werden. Der Schadensersatzanspruch besteht auf einem Schuldverhältnis, das der Verband zwar im eigenen Namen, aber im Interesse und zugunsten, jedenfalls mit zum Schutze seiner Mitglieder abgeschlossen hat.<sup>4)</sup>

Ist einer Unterlassungspflicht zuwider gehandelt worden, so wird in der Regel Unterlassung für die Zukunft und Beseitigung des durch die Verletzung der Unterlassungspflicht herbeigeführten Zustandes verlangt werden können.

Die einstweilige Verfügung nach §§ 940 ZPO, 62 Abs. 2 ArbGG kann somit bei Verstoß eines Arbeitskampfes gegen die durch Tarifvertrag festgelegte Friedensordnung durch einen Tarifpartner herangezogen werden.<sup>5)</sup> Durch ihren Erlaß wird die sog. Kampffreiheit des Sozialpartners nicht verletzt.<sup>6)</sup>

Dieser Bereich des tarifwidrigen Arbeitskampfes dürfte der Hauptanwendungsbe-  
reich für einstweilige Verfügungen sein.

---

1) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 171 ff

2) Brändel, S. 34

3) Hueck-Nipperdey II, S. 715

4) Hueck-Nipperdey II, S. 718 ff

5) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 171 f; Hueck-Nipperdey II, S. 717

6) Brändel, S. 34

Sinn des Tarifvertrages ist es, eine kollektiv-rechtliche Ordnung der Arbeitsbedingungen zu schaffen (Ordnungsfunktion) und so den wirtschaftlichen Frieden zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu sichern (Friedensfunktion).

Da die Mitglieder der Koalitionen insoweit Rechte erwerben können, als die schuldrechtlichen Bestimmungen als berechtigender Vertrag zugunsten Dritter oder als Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anzusehen sind, kommt dem Tarifvertrag auch eine soziale Schutzfunktion zu. <sup>1)</sup>

Die sog. Friedenspflicht verpflichtet die Tarifvertragsparteien, jeden Arbeitskampf um den Vertragsinhalt zu unterlassen (sog. Selbst- oder Unterlassungspflicht) <sup>2)</sup> und daneben Arbeitskämpfe ihrer Mitglieder mit allen verfügbaren Mitteln zu verhindern (sog. Einwirkungspflicht). <sup>3)</sup> Beide Pflichten stellen Hauptverbindlichkeiten dar, deren Erfüllung selbständig einklagbar ist. <sup>4)</sup> Da der Arbeitgeber auf Unterlassung des Arbeitskampfes oder Unterlassung der Einwirkung sowohl vor Ausbruch des Arbeitskampfes <sup>5)</sup> als auch nach Ausbruch klagen kann, kommt hier der Erlaß einer einstweiligen Verfügung für diese Fälle in Betracht. <sup>6)</sup> Der Umfang der Friedenspflicht ergibt sich aus der Geltungsdauer des laufenden Tarifvertrages und aus dem konkreten Inhalt des jeweiligen Tarifvertrages, da die Friedenspflicht, sofern nichts besonderes vereinbart ist, nur den Vertragsinhalt selbst schützen soll. <sup>7)</sup>

Verboten sind demnach während der Geltungsdauer des Tarifvertrages alle Kampfmaßnahmen, die auf eine Neuregelung des Vertragsinhaltes hinzielen. <sup>8)</sup>

Dieses Verbot muß aber auch für den Fall gelten, daß während der Laufzeit für eine Neuregelung gekämpft wird, die erst nach dem Vertragsablauf wirksam werden soll. Die Sicherung des Arbeits- und Wirtschaftsfriedens durch Tarifverträge wäre eine Illusion, wenn während der Geltungsdauer eines Vertrages be-

---

1) vgl. Söllner, S. 111

2) herrschende Meinung; Hueck-Nipperdey II, S. 305 ff

3) Nikisch II, S. 329; Hueck-Nipperdey II, S. 311 ff;  
BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht

4) RGRK (Nastolski) § 241 Anm. 5; Heckelmann, AuR 1970, 172

5) BGH LM Nr. 2 zu § 241 BGB; Baumbach-Lauterbach § 259 Anm. 1 B

6) Heckelmann, AuR 1970, 172

7) herrschende Meinung; Brox-Rüthers, S. 74;  
Nikisch II, S. 331 mit Fußn. 27

8) vgl. Nikisch II, S. 329

reits für die Neuregelung nach Vertragsablauf gekämpft werden dürfte. 1)

Wenn auch Meinungsverschiedenheiten darüber herrschen, was legales Kampfziel sein kann, so besteht doch insoweit Einigkeit, daß jedenfalls alles dazu gehört, was kollektiv-rechtlich Inhalt eines Tarifvertrages sein kann. 2)

65324

#### Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung

Für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist also nur dann Raum, wenn die Streikabsicht sich in einer aggressiven Handlung, die zur Schädigung des sozialen Gegenspielers führen kann, manifestiert und der Änderung der in dem Tarifvertrag niedergelegten Lohn- und Arbeitsbedingungen dienen soll.

Es soll hier nicht dargelegt werden, was Inhalt einer tarifvertraglichen Regelung sein kann. Es sollen aber wenigstens kurz einige wichtigere der in der Praxis häufig aufgetauchten Fragen angeschnitten werden, die Probleme für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in dem Bereich des Tarifvertragsrechts bieten.

653241

#### Die tarifliche Differenzierung

Problematisch, aber dennoch als möglich zu erachten, wäre der Erlaß einer einstweiligen Verfügung in einem gewerkschaftlich organisierten Streik mit dem Ziel, in einem Tarifvertrag die Verpflichtung des Arbeitgebers festzulegen, die tariflichen Leistungen nur an Organisierte zu zahlen, d. h. ausschließlich den Mitgliedern der kämpfenden Gewerkschaft. Von aktueller Bedeutung sind vor allem Tarifausschluß- und Differenzierungsklauseln.

Wie bei den Organisationsklauseln, durch die tarifunterworfenen Arbeitgeber verpflichtet werden, nur überhaupt organisierte bzw. nur bei der tarifschließenden Gewerkschaft organisierte Arbeitnehmer zu beschäftigen, unterscheidet man auch hier allgemeine und beschränkte Ausschlußklauseln.

Unter allgemeiner bzw. beschränkter Tarifausschlußklausel versteht man eine tarifliche Abmachung, nach der die unorganisierten bzw. die anders organisierten nicht zu denselben Bedingungen wie die tarifangehörigen Arbeitnehmer beschäftigt oder ihnen bestimmte tarifliche Vergünstigungen nicht gewährt werden dürfen.

---

1) vgl. Nikisch II, S. 331 mit Nachweisen; Hueck-Nipperdey II, S. 313; Brox-Rüthers, S. 76

2) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 884

Die beschränkten Tarifausschlußklauseln verletzen das Recht der positiven Koalitionsfreiheit und sind deshalb nach Artikel 9 Absatz 3 Satz 2 GG nichtig, da sie die Arbeitnehmer praktisch hindern können, sich einer anderen Koalition als derjenigen anzuschließen, zu deren Gunsten die Klauseln vereinbart wurden. <sup>1)</sup>

Die Verfassungswidrigkeit der allgemeinen Tarifausschlußklauseln - gleichgültig ob sie normativ oder schuldrechtlich zu deuten sind oder sich in gemeinsamen Einrichtungen finden - ergibt sich sowohl aus einer Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit nach Artikel 9 Absatz 3 GG, einem Eingriff in die Vertragsfreiheit sowohl der Außenseiter als auch des der Gewerkschaft gegenüberstehenden Arbeitgebers <sup>2)</sup> und der Überschreitung der Grenzen der Tarifmacht nach Artikel 9 Absatz 3 GG. <sup>3)</sup>

Die sog. Spannenklausel sichert den tarifgebundenen Arbeitnehmern einen bestimmten Vorteil in der Weise, daß es dem Arbeitgeber zwar nicht verwehrt ist, auch den Außenseitern einen Vorteil der gleichen Art zukommen zu lassen. Er muß dann aber diesen Vorteil den tarifgebundenen Arbeitnehmern zusätzlich gewähren.

Da auch diese Klausel gegen die negative Koalitionsfreiheit verstößt, darf in Tarifverträgen zwischen den bei der tarifschließenden Gewerkschaft organisierten und anders oder nichtorganisierten Arbeitnehmern nicht differenziert werden. <sup>4)</sup> Die Tarifwidrigkeit der Klauseln führt zur Nichtigkeit.

Der Verfügungsanspruch einer einstweiligen Verfügung gegen einen gewerkschaftlichen Arbeitskampf mit dem Kampfziel des Abschlusses eines Tarifvertrags mit den genannten Klauseln wäre daher gegeben.

Zu Recht würde auch ein Arbeitgeber den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in einem gewerkschaftlichen Streik beantragen, der darauf hinzielt, den Arbeitgeber durch eine tarifvertragliche Absperrklausel verpflichten zu wollen, nur organisierte Arbeitnehmer einzustellen (closed shop).

Dieser Arbeitskampf würde einerseits einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit, <sup>5)</sup> andererseits einen Eingriff in das Grundrecht der freien Arbeitsplatzwahl nach Artikel 12 Abs. 1 GG darstellen. <sup>6)</sup>

---

1) h. M.; vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 166 Fußn. 32

2) BAG GS v. 29. 11. 1967 AP Nr. 13 zu Art. 9 GG und h. L.; vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß S. 192 m. w. N.; a. A. Reuss (Juristenjahrbuch) S. 177; Gamillscheg, S. 47 ff

3) Hueck-Nipperdey II, S. 167; vgl. hierzu auch grundlegend Biedenkopf S. 88 ff

4) BAG GS v. 29. 11. 1967 DB 1968, 1539 ff

5) vgl. Reuss (Juristenjahrbuch), S. 177

6) vgl. Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 193

Tariflich nicht geregelte Fragen werden von der relativen Friedenspflicht nur erfaßt, wenn der Verzicht auf die Regelung von den Parteien zum geschützten Vertragsinhalt gemacht wurde. 1)

Die Tarifvertragsparteien können sich dahin einigen, daß bestimmte Fragen, die im Tarifvertrag nicht geregelt sind, nicht zum Gegenstand eines Arbeitskampfes gemacht werden dürfen. Dies ist z. B. für den Fall anzunehmen, wenn der Tarifvertrag eine abschließende Urlaubsregelung trifft.

Hier würde ein Arbeitskampf gegen die absolute Friedenspflicht verstoßen, wenn durch ihn ein zusätzliches Urlaubsgeld oder ein besonderer Bildungsurlaub erkämpft werden soll. Gegen dieses tarifwidrige Verhalten wäre der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung geboten. 2)

Auch ein Arbeitskampf, der unter Verletzung eines tariflich vereinbarten Schlichtungsverfahrens begonnen wird, verstößt gegen diese besondere Friedenspflicht. 3)

Da dem den Arbeitskampf einleitenden Kampfpartner eine Schadensersatzpflicht erwächst, 4) wäre auch hier der Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur Unterlassung der Kampfhandlungen möglich, wenn auch der Verfügungsgrund gegeben ist.

Der Verfügungsanspruch bestünde auch in einem Arbeitskampf, in dem während der Geltungsdauer eines Tarifvertrages übertarifliche Arbeitsbedingungen im Wege von Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsverträgen durchgesetzt werden sollen. Dieser Arbeitskampf verstößt gegen die relative Friedenspflicht und ist damit tarifvertragswidrig. 5)

---

1) vgl. RAG ARS 11, 385;  
Brox-Rüthers, S. 75

2) vgl. eingehend Hueck-Nipperdey II, S. 317 mit Fußn. 35, 36  
Nikisch II, S. 337

3) Hessel, DB 1967, 2071;  
Hueck-Nipperdey II, S. 324

4) Nikisch II, S. 337

5) h. M. Hueck-Nipperdey II, S. 314 mit Fußn. 27;  
Nikisch II, S. 332

Zweifelhaft ist, ob eine Verletzung der relativen Friedenspflicht vorliegt, wenn eine bestimmte Auslegung des Tarifvertrages von Arbeitnehmerseite durch Arbeitskampf verfochten wird.

Die herrschende Meinung bejaht das nur für eine unrichtige Auslegung und begründet ihre Einschränkung damit, die kämpfende Partei erstrebe mit ihrer Kampfforderung objektiv eine Änderung des geltenden Tarifvertrages. <sup>1)</sup> Daher hält sie den Arbeitskampf zur Durchsetzung einer objektiv zutreffenden Auslegung des Tarifvertrages für nicht tarifwidrig.

Die Friedenspflicht verbietet während der Vertragsdauer jeden Arbeitskampf um den Vertragsgegenstand. Der Arbeitskampf dient der Schaffung, nicht aber der Durchsetzung oder Auslegung von Tarifnormen. Ein Arbeitskampf darf daher nur um den Abschluß, nicht aber um die Auslegung oder Erfüllung von Tarifverträgen geführt werden. <sup>2)</sup> Wo der Rechtsweg gegeben ist, bedeutet der Arbeitskampf in jedem Falle eine Verletzung der Friedenspflicht. <sup>3)</sup>

Der Arbeitskampf ist also nicht Rechtsstreit, sondern Regelungsstreit. <sup>4)</sup> Man kann ihn aus seinem Zusammenhang mit der kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen nicht lösen.

Zweifelhaft ist, ob eine Arbeitsniederlegung, die nicht die Neuregelung der Arbeitsbedingungen, sondern die Durchsetzung bestehender Rechtsansprüche zum Ziel hat, einen Arbeitskampf oder die gemeinschaftliche Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nach §§ 273, 320 BGB darstellt. <sup>5)</sup>

In der Erscheinungsform decken sich die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts und die kampfwise Arbeitsniederlegung weitgehend. Sie sind deshalb auch nicht

- 
- 1) Brox-Rüthers, S. 76;  
Hueck-Nipperdey II, S. 314;  
Nikisch II, S. 331
  - 2) vgl. Söllner, S. 74
  - 3) Brox-Rüthers, S. 76; vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 314, der nach der objektiven Richtigkeit und subjektiven Rechtsauffassung differenziert
  - 4) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 880; Söllner, S. 74;  
vgl. zum Begriff der Regelungsstreitigkeiten Böttcher, Festschrift für Lent 1957, S. 89 ff, 90
  - 5) so Capodistrias, Festschrift für Nipperdey (1965) Bd. II, 105 ff; Rüthers, AuR 1967, 136 f; Grunsky, JuS 1967, 60; Weller AuR 1967, 79

immer leicht zu unterscheiden. Gleichwohl besteht zwischen beiden ein wesentlicher Unterschied:

Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts ist ein Individualakt auf dem Boden des Einzelvertrages. Dagegen ist der Streik eine Arbeitskampsmaßnahme. Allerdings können auch mehrere Arbeitnehmer gleichzeitig, d. h. gemeinsam ihr Zurückbehaltungsrecht ausüben. Selbst wenn das im bewußten und gewollten Zusammenwirken, also planmäßig geschieht, so handelt es sich dabei aber immer noch um verschiedene, voneinander unabhängig bestehende und zu bewertende Ausübungen des den Arbeitnehmern zustehenden Zurückbehaltungsrechts. <sup>1)</sup>

Das Ziel des Arbeitskampfes ist dagegen die mit dem Mittel des Druckes gewollte Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, hier der Durchsetzung der eigenen Tarifvertragsauslegung.

Unerheblich ist, ob rechtlich hierauf ein Anspruch besteht oder nicht. Das bedeutet, daß eine Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmer zur Durchsetzung ihrer Auslegung des Tarifvertrages Arbeitskampf ist. Die Niederlegung der Arbeit kann nicht Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sein, da beide Erscheinungsformen der Arbeitsniederlegung sich infolge ihrer verschiedenen Zielrichtung ausschließen.

Dem Arbeitgeber dürfte daher auch hier das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes nicht verschlossen sein. Nicht ausschlaggebend für den Erlass der einstweiligen Verfügung kann aber sein, ob die Auslegung der Tarifnorm durch die Arbeitskampfpartei zutreffend oder unzutreffend ist. Denn das steht erst fest mit Rechtskraft des Urteils. Jede kampfmäßige Durchsetzung einer Auslegung widerspricht dem geltenden Recht.

6532422

#### Einstweilige Verfügung gegen Massenänderungskündigung

Problematisch ist, ob auch eine Massenänderungskündigung der Einzelarbeitsverträge zur Änderung individueller Arbeitsbedingungen dem Arbeitgeber einen Verfügungsanspruch gibt.

In einer frühen Entscheidung hat das BAG die von einer Tarifpartei angeregte Massenänderungskündigung als tarifwidrigen Arbeitskampf gewertet. <sup>2)</sup>

Im Estrichleger-Urteil <sup>3)</sup> hat das Bundesarbeitsgericht gleichzeitige und gleichartige organisierte Massenänderungskündigungen einer Gruppe von Arbeitnehmern zur Erzwingung höherer Löhne als kollektiven Arbeitskampf qualifiziert. <sup>4)</sup>

---

1) vgl. BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

2) BAG 3, 281

3) BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

4) vgl. zur Problematik Neudel, AuR 1968, 321 ff

Sprechen die Parteien der Einzelarbeitsverträge Massenänderungskündigungen aus, so handeln sie dabei zwar regelmäßig einzeln in rechtmäßiger Ausübung ihres individualrechtlichen Kündigungsrechts. Die rechtliche Beurteilung der Massenänderungskündigung ist aber auch an dem Gebot der relativen Friedenspflicht zu orientieren. Da die schuldrechtlichen Pflichten des Tarifvertrages nur die Tarifparteien selbst binden, können nur solche Massenänderungskündigungen gegen die Friedenspflicht verstoßen, die von den Tarifparteien selbst ausgesprochen, organisiert oder veranlaßt werden. 1)

Die relative Friedenspflicht verbietet aber den Tarifparteien jedes Tun, das den Ordnungszweck und Friedenszweck des Tarifvertrages stören könnte. Dieser Zweck des Tarifvertrages würde verfehlt, wenn die Tarifparteien Massenänderungskündigungen aussprechen oder organisieren. 2)

Die Vornahme oder Organisation einer Massenänderungskündigung kann ebenso wie ein Arbeitskampf zu erheblichen Störungen des Arbeitsfriedens führen. Deshalb ist eine organisierte Massenänderungskündigung mit einem tariflichen Ziel einem Arbeitskampf gleichzuordnen, soweit es das Verhalten der Tarifparteien betrifft. 3) Das Recht der Parteien des Einzelarbeitsvertrages zur fristgemäßen Kündigung wird durch das Bestehen eines Tarifvertrages nicht beschränkt. Die gleiche Maßnahme in Gestalt der Massenänderungskündigung ist also den Tarifparteien im Hinblick auf die relative Friedenspflicht verboten, während sie den Parteien der Einzelarbeitsverträge gestattet ist.

Eine Massenänderungskündigung kann somit nicht in jeder Hinsicht einem rechtswidrigen Arbeitskampf gleichgesetzt werden.

Das Handeln der einzelnen kündigenden Arbeitnehmer ist im Hinblick auf ihr individuelles Recht zur fristgemäßen Kündigung rechtmäßig. Rechtswidrig unter dem Gesichtspunkt des Vertragsbruchs handelt nur die Tarifpartei, wenn sie die Massenänderungskündigung ausspricht, organisiert oder veranlaßt. 4)

Hier wäre also Raum für eine einstweilige Verfügung des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft.

- 
- 1) Brox-Rüthers, S. 82 f
  - 2) vgl. Bührig, AuR 1958, 374 Fußn. 3
  - 3) vgl. BAG 3, 285  
AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht;  
Brox-Rüthers, S. 82
  - 4) h. M. vgl. BAG 3, 281 ff (283);  
Nikisch II, S. 332;  
Hueck-Nipperdey II, S. 314 Fußn. 27

Doch problematisch ist, welche Handlung bzw. Unterlassung der Arbeitgeber im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes erwirken kann.

Sicherlich kann die einstweilige Verfügung nicht anordnen, daß die Massenänderungskündigung untersagt wird. Dem steht einmal die Faktizität der erfolgten Kündigung der Arbeitnehmer, die damit verbundene Gestaltung der Individualrechtsverhältnisse, als auch das Recht der Arbeitnehmer, ihre Individualarbeitsrechtsverhältnisse auflösen zu können, entgegen.

Gerade hier zeigt sich ein Unterschied der Struktur und der rechtlichen Auswirkung zwischen einem echten Arbeitskampf und einer Massenänderungskündigung.

Soweit die Massenänderungskündigung als Druckmittel zur Erreichung einer Kollektivvereinbarung eingesetzt wird, ist sie eine Arbeitskampfmaßnahme. Soweit die Massenänderungskündigung dagegen als Druckmittel zur Erreichung von individualvertraglichen Regelungen benutzt wird, handelt es sich um eine "kollektive" Ausübung individualrechtlicher Befugnisse, die sich von dem Kampf zur Erreichung einer neuen kollektivvertraglichen Regelung essentiell unterscheidet. <sup>1)</sup>

Adressat der auf Abschluß veränderter Individualverträge gerichteten gemeinsamen Arbeitseinstellung ist der Arbeitgeber. Adressat der auf eine kollektivvertragliche Regelung gerichteten Arbeitseinstellung ist die potentielle gegnerische Vertragspartei. <sup>2)</sup>

Daraus folgt, daß für den Zeitraum vor erfolgter Kündigung Inhalt der einstweiligen Verfügung gegen die Gewerkschaft lediglich das Verbot sein kann, eine solche Massenänderungskündigung selbst zu organisieren oder ihre Mitglieder zur Massenänderungskündigung anzureizen, anzuregen, zu ermuntern und das Gebot, alle Handlungen zu unterlassen, die ihre Mitglieder zu einem solchen Schritt veranlassen könnten. <sup>3)</sup>

Ist die Massenänderungskündigung bereits erfolgt, so ist problematisch, ob und mit welchem Inhalt eine einstweilige Verfügung gegen die Gewerkschaft möglich wäre.

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 889; Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Löwisch, S. 202 ff; Zeuner, RdA 1971, 5

2) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 889

3) Bei den ins Auge gefaßten Sachverhalten wird - wie aus der sinnngemäßen Formulierung des Inhalts der angeführten einstweiligen Anordnungen - eine präzise, klare aber auch umfassende Fassung des Tenors im Hinblick auf die Vollstreckung besondere Schwierigkeiten bereiten.  
vgl. auch Thomanek, DB 1971, 1204

Infolge der Gestaltungswirkung der Kündigung können die gewerkschaftsangehörigen Arbeitnehmer ihre Kündigung nicht mehr rückgängig machen. Auch die Gewerkschaft kann ihre Anregung, Anreizung, Organisation als kausales Verhalten nicht mehr beseitigen. <sup>1)</sup>

Eine Unterlassungsklage gegen die Gewerkschaft ist daher nicht geeignet, den Zustand wieder herzustellen, der vor ihrer tarifwidrigen Tätigkeit bestanden hat. Dazu geeignet wäre aber eine Schadensersatzklage, die durch eine einstweilige Verfügung vorläufig gesichert werden kann. Die Art der Herstellung muß sich nach den hier gegebenen Tatsachen richten. Herstellung des früheren Zustandes bedeutet nicht Herstellung eines identischen, sondern eines praktisch gleichen Zustandes. <sup>2)</sup> Als Art der Wiederherstellung käme daher die Aufforderung der Gewerkschaft an ihre Mitglieder in Betracht, dem Arbeitgeber anzubieten, Einzelarbeitsverträge mit den früheren Bedingungen (wieder) abzuschließen.

Eine Aufforderung dieses Inhalts könnte auch Gegenstand einer einstweiligen Verfügung gegen die Gewerkschaft sein.

Daß die Tarifpartei selbst eine Massenänderungskündigung ihrer Mitglieder zur Er kämpfung übertariflicher Ziele organisiert, ist kaum denkbar. Daher kann man die Modalitäten des Aussprechens und Organisierens einer Massenänderungskündigung von vornherein aus der Betrachtung ausscheiden.

Möglich erscheint jedoch, daß die Gewerkschaft einer Massenänderungskündigung zur Er kämpfung übertariflicher Ziele gewogen gegenübersteht und sogar dazu anregt. Dadurch könnte die Friedenspflicht verletzt werden.

Die Ausdeutung der vertraglichen Friedenspflicht bedarf aber einer größeren Flexibilität.

Zwar darf keinesfalls an der grundsätzlichen Bedeutung gerüttelt werden, die derartigen Pflichten im Rahmen einer von den Trägern der Tarifautonomie geprägten Ordnung des Arbeitslebens zukommt. Zur Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Tragweite muß aber auf die Eigenart der jeweiligen Situation abgestellt werden. Die Anregung zeigt nur eine schwache Intensität des Angriffs gegen den Sozialpartner. <sup>3)</sup> Nicht schon jeder Rat, den die Gewerkschaft gibt, oder jede Hilfe, die sie zuteil werden läßt, ist als Verletzung der tariflichen Friedenspflicht zu werten. Entsprechendes gilt, wenn Arbeitnehmer zur Erreichung übertariflicher Arbeitsbedingungen die Arbeit niederzulegen beabsichtigen und ihrer Gewerkschaft, die sich um die Bereinigung der Angelegenheit bemüht, schließ-

---

1) vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht

2) Staudinger-Werner, § 249 BGB Rdn. 6

3) vgl. Zeuner, RdA 1971, 5

lich keinen anderen Ausweg sieht, als den Arbeitnehmern den Rat zu erteilen, die Arbeit wenigstens erst nach vorheriger Kündigung einzustellen. 1)

Zwar steht es den Gewerkschaften nicht frei, die von ihnen geschlossenen Tarifverträge durch systematische Förderung gemeinschaftlicher Aktionen zur Durchsetzung übertariflicher Arbeitsbedingungen beliebig zu unterlaufen. Andererseits ist aber zu beachten, daß die Arbeitnehmer von ihrer Gewerkschaft Rückhalt und Hilfe in allen Arbeitsangelegenheiten, also auch in denen des übertariflichen Bereiches erwarten. Deshalb kann den Gewerkschaften nicht von vornherein jede Möglichkeit der Einflußnahme versagt und sie damit gezwungen werden, ihre Mitglieder allein zu lassen.

Insoweit bleibt also für eine einstweilige Verfügung gegen die Gewerkschaft kein Raum. 2)

Gegen die kündigenden Arbeitnehmer ist eine einstweilige Verfügung nicht gegeben, da die Möglichkeit rechtmäßiger individueller Interessenverfolgung gerade nicht Maßnahme des Arbeitskampfes ist. 3)

Zweifelhaft ist, ob eine einstweilige Verfügung gegen eine Massenänderungskündigung organisierende Arbeitnehmer in Betracht kommt. 4)

Im Estrichleger-Urteil <sup>5)</sup> hat das BAG eine fristlose Kündigung gegen den Organisator unter dem Gesichtspunkt der Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht für gerechtfertigt erachtet.

---

1) vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht

2) Kritikern dieser Ansicht wird jedoch zuzugestehen sein, daß eine solche Handlungsweise schon hart an der Grenze dessen liegt, was sowohl der Grundsatz von Treu und Glauben von dem Tarifpartner während der Laufzeit des Tarifvertrages als auch die Pflichtenbindung der Tarifparteien im Bezug auf das Verhalten ihrer Mitglieder, besonders ihre Einwirkungspflicht fordern; vgl. Konzen ZfA 1970, 194

3) vgl. dazu Mayer-Maly, Urteilsanm. zu BAG AP Nr. 37 Art. 9 GG Arbeitskampf

4) Die Problematik der rechtswidrigen Handlungen der eine Massenänderungskündigung organisierenden Arbeitnehmer gehört zwar nicht in den Bereich der Tarifwidrigkeit, soll aber dennoch aus Gründen der Geschlossenheit der Problemdarstellung an dieser Stelle abgehandelt werden.

5) BAG AP Nr. 37 Art. 9 GG Arbeitskampf

In dem erwähnten Urteil hat ein als Estrichleger tätiger Arbeitnehmer, der Betriebsratsmitglied, Vorstandsmitglied, Vorsitzender der Fachgruppe "Fußbodenleger" in der örtlich zuständigen Verwaltungsstelle der Gewerkschaft

Wenn auch das BAG unabhängig von der arbeitskampfrechtlichen Argumentation eine Verletzung der Treuepflicht des Organisators annimmt, so bedarf das der Erörterung.

Der Treuepflicht fehlt jegliche Präzision. Es ist daher zu fragen, welcher konkrete Vorwurf aus dem Verhalten des "Organisators" abgeleitet werden kann. Er hat seine Arbeitskameraden bei ihrer individuellen Interessenverfolgung beraten und unterstützt. Dies war sein gutes Recht, ja sogar seine Pflicht. <sup>1)</sup>

Zweifelhaft ist aber die Beurteilung der Teilnahme des "Organisators" an den noch schwebenden Tarifverhandlungen.

Dadurch könnte er sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch gesetzt haben.

Wenn man auch richtigerweise die Massenänderungskündigung ins Individualrecht weist und so von den kollektivrechtlichen Tarifverhandlungen distanziert, muß es bedenklich erscheinen, wenn derselbe Mann im Bereich des Individualrechts eine Initiative ergreift, die wichtige Teile der kollektivrechtlichen Initiative vorwegzunehmen sucht. Wer so vorgeht wird als Verhandlungspartner unglaublich. Dieser Aspekt zeigt jedoch, daß nicht die individualrechtliche Treuepflicht in Frage steht, sondern die Verletzung von Loyalitätspflichten unter Partnern von Kollektivverhandlungen. Eine individualrechtliche Pflicht nicht zu fordern, was gerade Gegenstand von Kollektivverhandlungen ist, gibt es nicht.

Daraus folgt, daß auch gegen den Organisator weder unter dem Gesichtspunkt der Verletzung individualrechtlicher noch kollektivrechtlicher Pflichten der Er-  
laß einer einstweiligen Verfügung in Betracht kommt.

---

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 57:

und Mitglied der Tarifkommission seiner Gewerkschaft ist, die mit dem Baugewerbeverband einen Tarifvertrag über Akkordlöhne schließen wollte, Änderungskündigungen von 17 der insgesamt 30 Estrichleger zur Erreichung von Tariflöhnen organisiert.

- 1) Mayer-Maly, Urteilsanm. zu BAG AP Nr. 37 Art. 9 GG Arbeitskampf

### Einstweilige Verfügung in verbandswidrigen Arbeitskämpfen

Kann der Arbeitgeber eine einstweilige Verfügung gegen einen Streik erwirken, den der Vorstand einer Gewerkschaft ausgerufen hat, ohne daß zuvor die satzungsmäßig vorgeschriebene Urabstimmung stattgefunden hat?

Voraussetzung dafür wäre die Rechtswidrigkeit dieses Arbeitskampfes und das Recht des Arbeitgebers, sich auf diese zu berufen.

Unter einem verbandswidrigen Arbeitskampf versteht man den Arbeitskampf, der von den Mitgliedern der Berufsverbände unter Verletzung ihrer dem Verband gegenüber obliegenden Pflichten eingeleitet oder geführt wird. <sup>1)</sup>

Die Satzungen der Gewerkschaften sehen in ihrer Mehrheit vor, daß nach gescheiterten Verhandlungen mit den Arbeitgebern und einem nicht zur Verständigung führenden Schlichtungsverfahren der Vorstand der Gewerkschaft die Genehmigung zum Arbeitskampf erteilen kann, wenn die beteiligten Gewerkschaftsmitglieder sich in einer Urabstimmung mit der in der Satzung geforderten qualifizierten Mehrheit für einen Arbeitskampf zur Durchführung der gewerkschaftlichen Forderungen ausgesprochen haben.

Ein Verstoß gegen das selbst gesetzte Verbandsrecht stellt aber nur eine Rechtswidrigkeit im Sinne des Verbandsrechts dar. <sup>2)</sup> Er kann daher nur Konsequenzen im Rahmen des Verbandsrechts, also immer nur verbandsrechtliche Sanktionen auslösen. Die Wirkung der Verbandswidrigkeit beschränkt sich damit auf das Verhältnis der Organe und Mitglieder zum Verband untereinander. <sup>3)</sup>

Ein unter Verletzung des Verbandsrechts geführter Arbeitskampf ist daher nicht rechtswidrig im Sinne des Arbeitskampfrechts.

Der bekämpfte Arbeitgeber kann also, da die Innehaltung innerverbandlicher Rechtsvorschriften keine Rechtspflichten gegenüber Dritten erzeugt, aus der Verbandswidrigkeit des Arbeitskampfes keine Rechte ableiten. Ihm gegenüber ent-

- 
- 1) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 986
  - 2) Brox-Rüthers, S. 177 ff
  - 3) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 986;  
 Brox-Rüthers, S. 178;  
 Nikisch II, S. 148;  
 trotz der geäußerten Bedenken wohl auch  
 Bötticher, BB 1957, 621

hält ein solcher Kampf unter dem Gesichtspunkt der Verbandswidrigkeit keinen Rechtsverstoß, 1)

Mangels eines materiell-rechtlichen Anspruchs kommt eine einstweilige Verfügung hier somit nicht in Betracht.

6534

Einstweilige Verfügung in deliktischen Arbeitskämpfen

Der Arbeitgeber könnte eine einstweilige Verfügung mit der Begründung beantragen, der Arbeitskampf verstoße nicht gegen eine besondere, namentlich vertragliche, sondern gegen eine allgemeine - hier ihm - gegenüber bestehende Rechtspflicht. Der Arbeitskampf stelle einen unerlaubten Eingriff in seinen Rechtskreis dar und erzeuge einen Unterlassungsanspruch, der durch eine einstweilige Verfügung vorläufig gesichert werden müsse.

65341

Einstweilige Verfügung wegen Verletzung der §§ 823 I, 1004 BGB

Für die Begründung des Unterlassungsanspruchs gegenüber einem Arbeitskampf nach § 823 Abs. 1, der durch eine einstweilige Verfügung vorläufig gesichert werden soll, ist Voraussetzung eine objektiv widerrechtliche und schuldhaft Verletzung eines absoluten Rechtes.

Der Arbeitskampf könnte in ein "Recht am Gewerbebetrieb des Arbeitgebers" eingreifen.

In diesem Fall käme auch § 1004 BGB als Verfügungsanspruch für eine negatorische Unterlassungsklage in Betracht, 2)

- 
- 1) Bührig, AuR 1958, 373 f;  
 Hessel, DB 1955, 1029;  
 Hueck, RdA 1956, 203;  
 Reuss, AuR 1958, 321 (330);  
 Reuss (Juristenjahrbuch), S. 186;  
 Nikisch II, S. 148;  
 Brox-Rüthers, S. 177 ff;  
 Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 986
- 2) Neumann-Duesberg, BB 1964, 51 (52)

Droht der Arbeitskampf, so kann der Arbeitgeber eine vorbeugende Unterlassungsklage erheben. Ist aber der Arbeitskampf bereits ausgebrochen, so richtet sich die Klage auf Unterlassung der Störung und Folgenbeseitigung. <sup>1)</sup> Für die einstweilige Sicherung dieser Klagen ist die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO gegeben. <sup>2)</sup>

653411

Der Arbeitskampf, das Recht am Gewerbebetrieb und die Entschließungsfreiheit

In ständiger Rechtsprechung haben das RG, <sup>3)</sup> der BGH <sup>4)</sup> und das BAG <sup>5)</sup> ein "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" kürzer und zutreffender "Recht am Unternehmen" als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Dieses Recht wird nach einer neueren Auffassung als sog. Rahmenrecht <sup>6)</sup> angesehen.

Nach dieser Lehre behandeln die Eingriffsrechte des § 823 Abs. 1 BGB Eingriffe in absolute Rechte und Rahmenrechte.

Als absolut geschützte Rechtsgüter zählt § 823 Abs. 1 BGB Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und "sonstige" Rechte auf. Die sog. Rechtsgüter, die gegen Eingriffe durch jedermann geschützt sind, sind besonders ausgewählte, wichtige Bestandteile des Rechtskreises einer Person. Andere Rechtspositionen, die zwar dem Rechtskreis einer bestimmten Person zugeordnet werden, sind aber nicht so fest und klar umrissen wie bei den absoluten Rechten, sondern haben eine gewisse "Unschärferelation". <sup>7)</sup>

Das objektive Recht gewährt bei diesen Rechtspositionen zwar eine gesicherte Stellung, mißbilligt aber nicht grundsätzlich jeden Eingriff anderer.

Dies soll in besonderem Maß für das sog. Recht am Gewerbebetrieb oder am Unternehmen gelten.

- 
- 1) Palandt-Thomas, Einf. vor § 823 Anm. 9;  
Soergel-Siebert-Mühl Bd. IV § 1004 Rdn. 37, 72
  - 2) Neumann-Duesberg, BB 1964, 51 (52);  
Heckelmann, AuR 1970, 172
  - 3) RGZ 51, 369 (373); ständige Rechtsprechung
  - 4) BGHZ 3, 279; 8, 149
  - 5) vgl. AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf;  
AP Nr. 34 zu Art. 9 GG Arbeitskampf
  - 6) vgl. Fikentscher, S. 637
  - 7) Fikentscher, S. 652

Durch dieses soll dem Unternehmen ein besserer Schutz gegeben werden, als ihm das Deliktsrecht in seiner ursprünglichen Gestalt bereitgestellt hat.

Schutz soll daher nicht mehr nur gegen Angriffe unmittelbar gegen den Bestand des Unternehmens, wie ursprünglich in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes,<sup>1)</sup> sondern gegen jede Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung gewährt werden, wenn sie einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebs darstellt.<sup>2)</sup>

Diese Voraussetzungen liegen beim Streik praktisch immer vor. Er legt den streikenden Betrieb lahm. Der Arbeitgeber kann nicht mehr produzieren und erleidet daher einen Ausfall an Ertrag und Gewinn. Bei länger andauernden Streiks kann er auch Teile seines Kundenstamms verlieren. Das alles beschränkt den Arbeitgeber in seiner Gewerbetätigkeit.<sup>3)</sup>

Der Hebel einer dogmatischen Kritik an der Tatbestandskonstruktion des § 823 Abs. 1 BGB muß richtigerweise bereits bei dem absoluten Rechtsschutz für den Gewerbebetrieb angesetzt werden,<sup>4)</sup> wenn sich auch die Rechtsprechung geschlossen - Nipperdey folgend - für diesen absoluten Schutz des Gewerbebetriebs ausgesprochen hat.<sup>5)</sup>

Hier ist auch jetzt kein radikaler Umschwung der Meinung zu erwarten. Andererseits kann u. U. infolge der langen, gleichmäßigen Handhabung bereits von der gewohnheitsrechtlichen Verankerung des absoluten Schutzes des Gewerbebetriebes im deutschen Recht der unerlaubten Handlungen gesprochen werden,<sup>6)</sup> wenn

- 
- 1) BGHZ 3, 278; dazu nunmehr zutreffend Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 994 Fußn. 22 a, daß diese Feststellung eine positive Rechtswidrigkeitsprüfung beinhaltet.  
vgl. Münzberg, S. 335
  - 2) Nipperdey, (Grundriß) S. 298
  - 3) Hoeniger, RdA 1953, 210 f
  - 4) Raiser, JZ 1961, 469 ff
  - 5) vgl. Soergel-Siebert-Zeuner, § 823 Rdn. 68;  
Palandt-Thomas, § 823 Anm. 6 g;  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 993 f mit w. N.
  - 6) vgl. Söllner, S. 88;  
Heckelmann, AuR 1970, 172;  
Brox-Rüthers, S. 119;  
Katzenberger, S. 46;  
Haßkamp, S. 38

auch Ernst Wolf <sup>1)</sup> überzeugend dargelegt hat, daß es ein absolutes Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begrifflich nicht geben kann. <sup>2)</sup>

Im Schrifttum wurde der Rechtsprechung zum sog. "Recht am Gewerbebetrieb" anfänglich widersprochen. <sup>3)</sup> Heute äußern nur noch wenige Autoren Bedenken. <sup>4)</sup>

Als Gegenstand des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sind in der Rechtsprechung in den letzten Jahren u. a. genannt worden der Bestand des Gewerbebetriebs, <sup>5)</sup> ein unentziehbarer Besitzstand, <sup>6)</sup> die konkrete Erscheinungsform des Betriebs, <sup>7)</sup> die Ausstrahlungen des Gewerbebetriebs, <sup>8)</sup> das Betätigungsfeld des Unternehmers oder einfach die Interessen des Geschäftsinhabers. <sup>9)</sup>

Der Gegenstand des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ist hiernach nicht einheitlich bezeichnet.

Den Begriff des Gewerbebetriebes nennt § 1822 Nr. 4 BGB, definiert ihn aber nicht. In den §§ 98 Nr. 1, 112 Abs. 1, 560 Satz 2, 701 Abs. 1, 1431 Abs. 1 Satz 1, 1645, 1825 Abs. 2, 1827 Abs. 2 BGB u. a. handelt es sich um das Betreiben eines Gewerbes, Erwerbsgeschäfts, Geschäfts. In den §§ 1 ff GewO und 1 ff HGB ist von einem "Gewerbebetrieb" i. S. von Betreiben eines Gewerbes oder ausdrücklich vom Betreiben eines Gewerbes die Rede. Auch im Betriebsverfassungsgesetz und Kündigungsschutzgesetz kommt die Bezeichnung "Betrieb" vor.

Der Betrieb ist aber kein "Ganzes". Es gehören zu ihm Sachen (Grundstücke, Gebäude, Maschinen, Rohstoffe usw.) und Rechte (Forderungsrechte, Patentrechte,

---

1) Wolf (Festschrift für Hippel), S. 665 ff und JuS 1968, 78

2) vgl. auch Hoffmann, AuR 1968, 33 ff;  
 Leinemann, S. 69 ff; Kim, S. 31 ff;  
 Larenz, S. 421; Esser (2. Aufl.), S. 848;  
 Esser (3. Aufl.) nicht mehr so deutlich, S. 405 ff;  
 Hoeniger, RdA 1953, 211;  
 vgl. auch Wiethölter, KJ 1970, 131

3) Leonhard, S. 559 f; Heck, S. 445 ff

4) Larenz, B. T. S. 421 ff; Esser, B. T. S. 405 ff;  
 Mestmäcker, JZ 1958, 526; Wolf (Festschrift), S. 665 ff;  
 Hoffmann, AuR 1968, 35

5) BGHZ 29, 70

6) BGHZ 14, 294

7) OLG Düsseldorf vom 21. 2. 1964 DB 1964, 543

8) BGHZ 3, 278; ArbG Düsseldorf vom 9. 6. 1965 DB 1965, 935

9) BGH vom 12. 3. 1965 DB 1965, 889

Urheberrechte usw.), unkörperliche Werte (Erfahrungen, Beziehungen zu Kunden, Lieferanten usw.) und menschliche Arbeitskräfte. Sachen, Rechte und Arbeitskräfte sind mehrere Ganzheiten, nicht ein Ganzes.

Daß zwischen diesen mehreren Ganzheiten bestimmte Verhältnisse bestehen, macht sie nicht zu einem Ganzen. <sup>1)</sup> Da die zu einem Betrieb zusammengestellten Gegenstände verschiedenartig sind, ist ein Betrieb eine Gesamtheit von verschiedenartigen Gegenständen entsprechend einer Sachgesamtheit. <sup>2)</sup> Da ein Gewerbebetrieb eine Gesamtheit von Gegenständen ist, also mehrere Gegenstände sind, kann es ein absolutes Recht an einem Gewerbebetrieb nur geben, wenn ein absolutes Recht an mehreren Gegenständen möglich ist. <sup>3)</sup>

Entsprechend seinem Inhalt ist ein absolutes Recht nur an einem Gegenstand durch ein Handeln eines anderen verletzbar. Eine Gesamtheit von Gegenständen ist nicht verletzbar. Die Verletzung eines zu einer Gesamtheit gehörenden Gegenstandes ist keine Verletzung der Gesamtheit. Da der Inhalt eines absoluten Rechts von dessen Gegenstand abhängt, kann es daher nur einen Gegenstand, nicht mehrere haben.

Ein absolutes Recht mit mehreren Gegenständen ist daher nicht möglich. <sup>4)</sup>

Brecher <sup>5)</sup> hat zwar mit seiner Erkenntnis von der Relativität des Ganzheitsbegriffs nachzuweisen versucht, daß Gegenstand i. S. der Rechtsordnung nicht nur ein Einzelgegenstand, sondern auch eine Gegenstandseinheit sein kann. Er hat aber einräumen müssen, daß das Unternehmen ein "hinkender" Rechtsgegenstand ist, der in seiner Größe nicht ganz in die Fesseln des Rechts geschlagen werden kann.

Deshalb erscheint es auch nicht überzeugend, das Unternehmen dennoch im Wesen als einen "Rechtsgegenstand höherer Ordnung und besonderer Eigenart" anzusehen. <sup>6)</sup>

Auch "eine Überlegung, die zu praxisnahen Ergebnissen strebt", darf nicht zur Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb führen. <sup>7)</sup> Eine Verletzung des einen oder anderen zu einem Gewerbebetrieb gehörenden Gegenstands ist daher begrifflich keine Verletzung des Gewerbebetriebs. <sup>8)</sup>

---

1) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 673

2) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 675

3) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 676

4) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 679

5) Brecher, S. 129

6) vgl. Brecher, S. 129

7) vgl. aber Mebus, S. 27

8) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 679

Mit dem vermeintlichen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird z. T. ein anderes absolutes Recht verdeckt,

Da die gewerbliche Betätigung an die Person des Gewerbetreibenden anknüpft, kann dieses absolute subjektive Recht nur ein Persönlichkeitsrecht sein. Dieses an das Handeln des Betriebsinhabers anknüpfende Recht ist das absolute subjektive Recht jedes Menschen auf Entscheidungsfreiheit <sup>1)</sup> Beim Inkrafttreten des BGB wurde von Oertmann, Planck und später von Heck die Auffassung vertreten, <sup>2)</sup> daß der in § 823 Abs. 1 BGB mit dem Wort Freiheit bezeichnete Gegenstand die Entschließungs- und Handlungsfreiheit des Menschen ist.

Diese Meinung wurde zurückgedrängt, nachdem das RG ohne eingehende Begründung den Begriff der Freiheit in § 823 Abs. 1 BGB restriktiv als körperliche Bewegungsfreiheit auslegte. <sup>3)</sup>

Die Freiheit eines Menschen besteht darin, zwischen den in seiner Person bestehenden Möglichkeiten personenhaften Verhaltens und somit zwischen den in seiner Person bestehenden Möglichkeiten wählen zu können. Damit erschöpft sich der Begriff der Freiheit nicht auf die Wahlmöglichkeit der körperlichen Bewegungsmöglichkeit. Der Begriff der Freiheit ist umfassender.

Nach der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Lehre und Rechtsprechung ist als gesicherte Erkenntnis zu erachten, daß jeder Bestandteil der menschlichen Person, also auch die Entscheidungsfreiheit, Gegenstand eines absoluten subjektiven Rechts, eines Persönlichkeitsrechts ist. <sup>4)</sup> Eine restriktive Auslegung des Freiheitsbegriffes in § 823 Abs. 1 BGB auf die körperliche Bewegungsfreiheit erscheint daher nicht mehr vertretbar. <sup>5)</sup> Da § 823 Abs. 1 BGB somit auch die Entscheidungs- oder Entschließungsfreiheit erfaßt, bedurfte es daher zum Schutz des Gewerbebetriebs nicht der Konstruktion des Gewerbebetriebs als eines Gegenstandes, als "Organismus", "Gemeinschaft", als Ganzes oder auch als "einheitliche Verständlichmachung der unternehmerischen Arbeit" <sup>6)</sup> oder als überindividuelle "höhere Werteinheit". <sup>7)</sup>

---

1) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 683

2) Oertmann, § 823 BGB Anm. 2; Planck, § 823 BGB Anm. II 1d; Heck, S. 450

3) RG 48, 123; 51, 372; 58, 28; 100, 214

4) Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 684

5) vgl. Staudinger-Engelmann, § 823 BGB Anm. II A 2 c; Heck, S. 450; van Gelder AuR 1969, 208; Wolf, (Festschrift für Hippel) S. 684

6) RGZ 58, 24 ff (30)

7) vgl. Baumbach-Hefermehl, Allg. 104  
vgl. auch Brecher, S. 105 ff, 130

Das absolute Recht eines Arbeitgebers, das durch die in der Aufforderung zur Gewährung anderer Arbeitsbedingungen bestehende Handlung verletzt worden sein kann, ist dessen Recht auf Freiheit.

Zur Klärung der sich danach ergebenden weiteren Probleme der Verletzung des Rechts auf Entscheidungsfreiheit und der Rechtfertigung von Eingriffshandlungen in diese Freiheit bedarf es einer besonderen Untersuchung darüber, wann ein Mensch durch eine Handlung eines anderen an einer Entscheidung gehindert oder in einer Entscheidung behindert wird und wann eine solche Handlung eines anderen gerechtfertigt ist.

Auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung beschränkt bedeutet das, die Grenzen der Entschließungsfreiheit des Arbeitgebers als Unternehmer gegenüber Streikenden zu bestimmen.

653412

### Das Problem der Rechtswidrigkeit

6534121

### Indikationswirkung und Streik

Nach herkömmlicher Auffassung wird bei den seit Jahrhunderten anerkannten in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechten durch das Vorliegen des bloßen Tatbestandes schon das Unrecht indiziert und die Widerrechtlichkeit ist nur in besonderen Ausnahmefällen ausgeschlossen.

Die sich daraus ergebende Behandlung eines jeden Streiks als tatbestandsmäßige Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb wäre nicht nur ein Schönheitsfehler ohne praktische Folgen. Sie hätte zur Folge, daß der Streikende oder die einen Streik führende Gewerkschaft die Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat, aus denen sich die Sozialadäquanz des Arbeitskampfes ergibt. <sup>1)</sup> Da den Antragsteller keine volle Beweispflicht trifft, wäre es denkbar, daß ein Arbeitgeber ohne mündliche Verhandlung auf die bloße Behauptung hin, in seinem Betrieb stehe ein Arbeitskampf bevor oder sei bereits ausgebrochen, eine einstweilige Verfügung erwirken könnte. Für die Begründung des deliktischen Unterlassungsanspruchs würde ausreichen, daß der Arbeitgeber die zumeist offenkundige Tatsache des Streiks anführt. Da jeder Streik nach herkömmlicher Auffassung danach tatbestandsmäßig einen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellt, die Rechtswidrigkeit indiziert wäre, müßte der Arbeitgeber nur das Indiz, aus dem das Gesetz die Schlußfolgerung auf die zu vermutende Tatsache nimmt, behaupten, um der Darlegungslast für

---

1) vgl. Brändel, S. 85-88

den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung zu genügen. <sup>1)</sup> An die Stelle der nach gewöhnlichen Regeln zu beweisenden Tatsachen des rechtswidrigen Eingriffs würde das Indiz treten. <sup>2)</sup>

Damit würden aber die Streikenden und ihre Gewerkschaften von vornherein rechtlich in die Defensive gedrängt.

Durch die Einbeziehung des Gewerbebetriebes in die absoluten Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB wird auch dieser gegen jeden Dritten geschützt. Da somit jede Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung durch einen unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebes zunächst rechtswidrig ist, muß die Übernahme dieser Rechtsfigur in das Arbeitskämpfrecht zur Rechtswidrigkeit des Streiks führen, der nach seinem Wesen und Zweck gerade spezifisch auf die Lahmlegung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers durch unmittelbaren Eingriff in den Bereich des Gewerbebetriebes, eben durch Stillegung des Betriebes gerichtet ist.

6534122

### Kritik

In neuerer Zeit hat sich daher zu Recht gegen die herkömmliche Auffassung über die Bestimmung und Abgrenzung des objektiv Verbotenen in zunehmendem Maße Widerspruch erhoben. <sup>3)</sup> Denn die bis vor kurzem herrschende Meinung, daß grundsätzlich jede Handlung rechtswidrig sei, die eine Verletzung eines der geschützten Rechte oder Rechtsgüter adäquat verursache, bietet keine sachgerechte Lösung.

Wie sich im täglichen Leben mit seinen vielfältigen, nicht zuletzt durch die Technisierung bedingten Gefahren eindrucklich zeigt, will und kann die Rechtsordnung nicht grundsätzlich jede Handlung untersagen, die geeignet ist, zur adäquaten Ursache eines Verletzungserfolges i. S. des § 823 Abs. 1 BGB zu werden. Bei der Abgrenzung zwischen erlaubtem und verbotenen Handeln muß daher auf die Anschauungen und Grundsätze über ordnungsgemäßes Verhalten, die sich in der Praxis herausbilden, abgestellt werden. <sup>4)</sup>

Sieht man den Streik aber als tatbestandsmäßigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an, so stellt sich die Frage, ob damit nicht die Streikfreiheit aufgehoben ist, wenn nach überkommener, wohl noch herrschender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung die Tatbestandsmäßigkeit einer Rechts-

1) vgl. auch Heckelmann, AuR 1970, 167

2) Schönke-Niese, S. 262

3) vgl. Erman-Drees, § 823 BGB Anm. 8 a

4) vgl. Soergel-Zeuner, § 823 Rdn. 1 f, 96;  
Zeuner, RdA 1971, 4

gutverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB bereits deren Rechtswidrigkeit anzeigt. Dies wäre eine grundgesetzwidrige Konsequenz. 1)

Die Grundfrage bei der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB im Arbeitskampfrecht ist das Problem der Widerrechtlichkeit.

Folgt man der überkommenen, wohl noch herrschenden Meinung, so bedarf es der Prüfung, ob den angreifenden Arbeitnehmern ein besonderer Rechtfertigungsgrund für ihr Handeln zur Seite steht, der geeignet ist, die bereits indizierte Rechtswidrigkeit zu beseitigen.

Nach überwiegender Meinung scheint dazu geeignet der Begriff der "Sozialadäquanz".

65341231

### Inhalt der Lehre von der Sozialadäquanz

Es war Nipperdey, der in seinem Rechtsgutachten zum Zeitungsstreik das von Welzel entwickelte Prinzip der Sozialadäquanz auch für das Arbeitskampfrecht bewußt gemacht hat. 2)

Die Sozialadäquanz bestimme den Unrechtsgehalt einer Handlung aus ihrer Beziehung zur Ordnung des menschlichen Zusammenlebens; Handlungen, die sich "innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen", seien sozialadäquat, alle anderen sozialinadäquat und damit rechtswidrig.

Um festzustellen, ob ein sozialadäquater oder sozialinadäquater Arbeitskampf vorliege, seien acht Prinzipien zu beachten, deren Verletzung bei Erfüllung des Tatbestands einer Deliktznorm zur Rechtswidrigkeit führe, da es an der Sozialadäquanz fehle. 3)

So müsse der Arbeitskampf ein Kampf mit fairer Kampfführung tariffähiger Parteien sein, der ein potentiell tariflich regelbares Ziel verfolge. 4) Er dürfe nicht gegen Grundregeln des Arbeitsrechtes verstoßen, insbesondere des kollektiven Arbeitsrechtes und die ultima ratio sein. 5)

---

1) so wohl auch Promberger, S. 17

2) BAG E 1, 291 (300, 306)

Nipperdey (Zeitungsstreikgutachten) S. 39 ff

3) Nipperdey (Festschrift für Sitzler) S. 96

4) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1010

5) Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 300 ff

Die Maximen, daß Arbeitskämpfe nicht gegen Grundregeln des Arbeitsrechts verstoßen und nur um potentiell tariflich regelbare Ziele geführt werden dürfen, werden nunmehr von Hueck-Nipperdey-Säcker 1) zwar nicht mehr als selbständige Prinzipien aufgeführt, wohl aber noch als unselbständige Ausformungen des Prinzips der Kampfführung tariffähiger Parteien angesehen. 2)

Das BAG hat sich der Lehre Nipperdeys weitgehend angeschlossen. 3)

65341232

### Rechtliche Einordnung der Sozialadäquanz

Folgt man dieser Auffassung, so ist die Sozialadäquanz das Kriterium für die Rechtmäßigkeit des Arbeitskampfes. 4)

Nipperdey hat in der Sozialadäquanz - nach Aufgabe seiner im Zeitungsstreikgutachten vertretenen Meinung -, nach der bei sozialadäquaten Handlungen die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen werde, in erster Linie einen besonderen (gewohnheitsrechtlichen) Rechtfertigungsgrund für ein Verhalten gesehen, das tatbestandsmäßig im Sinne eines Strafgesetzes ist bzw. den Tatbestand einer unerlaubten Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB verwirklicht. 5)

Nach Nipperdey sollte der Begriff der Sozialadäquanz ein allgemeines Prinzip der gesamten Rechtsordnung ausdrücken, während doch der Begriff ursprünglich von Welzel in einer ganz spezifischen Funktion zur Einschränkung des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes auf die Fälle eines gleichzeitigen Handlungs- und Erfolgsunwertes gebraucht wurde. 6)

Schon der Ausgangspunkt zeigt, wie fragwürdig es ist, diesen Begriff ohne eigenständige Begründung unvermittelt auf das Arbeitsrecht zu übertragen. 7)

1) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1004

2) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1004 Fußn. 34

3) BAG v. 28.1.1955 in AP Nr. 1 zu Art. 9 GG;  
BAG v. 4.5.1955 in SAE 1956, 12;  
BAG v. 30.10.1958 in AR-Blattei Arbeitskampf II Entscheidungen 9;  
BAG v. 17.12.1958 in AR-Blattei Arbeitskampf II Entscheidungen 10

4) Bulla, RdA 1962, 6 (8 ff);  
Festschrift für Nipperdey (1965) Bd. 2 S. 79 (93 ff)

5) Nipperdey in Festschrift für Sitzler (1956), S. 94 ff

6) vgl. Welzel, ZStrW 58, 491 ff, 515 ff;  
Hirsch, ZStrW 74, 78 ff, 87, 132 ff

7) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 44;  
Bernert, S. 89 f

Nach der Nipperdey gefolgt - jetzt noch herrschenden - Lehre stellt der Begriff der Sozialadäquanz einen Rechtfertigungsgrund im Bereich der unerlaubten Handlungen dar. 1)

Schließlich hat Nipperdey, nachdem die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung auf die Betrachtung der Sozialadäquanz als eigenen Rechtfertigungsgrund nach § 823 Abs. 1 BGB eingeschwenkt war, seine Meinung von dem Begriff der Sozialadäquanz entscheidend modifiziert. Nunmehr lehnt Nipperdey eine "Hypostasierung des Begriffs der Sozialadäquanz zu einem allgemeinen Rechtsprinzip" ab 2) und wendet sich ausdrücklich gegen die Ansicht, die Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit indiziere bereits die Rechtswidrigkeit mit der Folge, daß dem Täter ein besonderer Rechtfertigungsgrund (die Sozialadäquanz) zur Seite stehen müsse. 3) Demgemäß ordnet Nipperdey die Sozialadäquanz nicht mehr als Rechtfertigungsgrund ein, sondern bezeichnet sie als "positives Unrechtselement". 4)

65341233

#### Kritik an der Lehre von der Sozialadäquanz

Fraglich ist, ob die Sozialadäquanz überhaupt den Beurteilungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes geben kann.

Dagegen bestehen rechtstheoretische und praktische Bedenken in verstärktem Maße. 5)

Hier im Arbeitsdeliktsrecht - wie überhaupt im privaten Deliktsrecht - erweitert die Sozialadäquanzformel - entgegen ihrer Herkunftsfunktion die Deliktstatbestände. Der Arbeitskampf wird so grundsätzlich Unrecht, wie Wiethölter 6) zwar überspitzt, doch wohl nicht ganz unzutreffend formuliert.

Die 8 Prinzipien für die Beurteilung der Sozialadäquanz und damit der Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfes beruhen auf Abwägungsgrundsätzen. Sie bilden kein

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey II (6. Aufl.), S. 640;  
NJW 1957, 1777 ff;

vgl. dazu Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1002 f

2) NJW 1967, 1992 Fußn. 62

3) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 900

4) bzw. nunmehr nach Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1003 "positives unrechtskonstituierendes Rechtswidrigkeitselement"

5) Erman-Drees, § 823 Anm. 8 a

6) vgl. Wiethölter, S. 314

starres System zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen, sondern stellen einen offenen, beweglichen Topoi-Katalog dar, der etwaigen Wandlungen des Arbeits- und Wirtschaftslebens zugänglich ist. <sup>1)</sup>

Es handelt sich also bei der Sozialadäquanz um eine Leerformel ohne fest umrissene Konturen, die Maßstab und Generalklausel zugleich sein muß <sup>2)</sup> und demnach selber keine sanktionsfähigen Spielregeln enthalten kann, sondern - wie schon bei Welzel - nur Einzelfälle als Beispiele, noch dazu bei schwankender Beurteilung von Fall zu Fall beschreibend erfassen kann. <sup>3)</sup>

Larenz <sup>4)</sup> warnt daher davor, dem Prinzip der Sozialadäquanz eine übertriebene Bedeutung zuzumessen. Denn, was jeweils der geschichtlich gewordenen und doch auch weiterhin werdenden allgemeinen sozialen Ordnung entspricht, darüber besage der Ausdruck gar nichts. Er folgert richtig, daß dieser Begriff höchstens einen Hinweis darstellen kann, was herkömmlich, üblich, verkehrsgemäß, nach der allgemeinen Anschauung zumutbar und noch erträglich ist. Alle Hinweise auf die geschichtliche Ordnung des menschlichen Zusammenlebens sind nicht in der Lage, die Formel mit einem spezifischen Sinngehalt zu füllen, sie beschreiben mit anderen Worten nochmals das Problem und das mit einer überflüssigen, terminologischen Anreicherung des Arbeitskampfrechts.

Es geht hingegen hier um Begründungen für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen. Konkrete Konturen als praktisch handhabbarer Maßstab gewinnt der Begriff nur durch normative Wertung. Der subjektive Standpunkt des Wertenden läßt sich dabei nicht ausschalten. <sup>5)</sup>

Die Sozialadäquanzformel ist aber gerade von einem ganz spezifischen Ordnungsdenken geprägt, aus dem die Ergebnisse hergeleitet werden, die nach Verpackung in die Sozialadäquanzformel dann scheinbar aus ihr wieder herausgepackt werden. Damit wird einseitig eine Interessenabwägung vorgenommen, die zu einer Arbeitskampfordnung ausgebaut wird. <sup>6)</sup> Gerade im Arbeitskampfrecht liegen aber die Standpunkte weit auseinander und die Wertungen sind ebenso sehr umstritten. Damit wird die Rechtswidrigkeit von einem unsicheren Wertmaßstab abhängig gemacht und der gesetzliche Tatbestand seines eigentlichen Sinnes beraubt, näm-

---

1) Nipperdey (Grundriß), S. 300

2) vgl. Wiethölter, S. 314 ff

3) Hoffmann, AuR 1968, 44

4) NJW 1955, 522 f; vgl. auch Bernert, S. 91 ff

5) Larenz NJW 1955, 522 f

6) vgl. BAG E 1, 291 ff (306 f); Hueck-Nipperdey Bd. II, S. 641; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1003 ff; Hoffmann, AuR 1970, 44

lich der Vertypung des Unrechts in leicht feststellbare Sachverhalte. <sup>1)</sup>

Daher widerspricht der Begriff der Sozialadäquanz dem Rechtsstaatsprinzip der Berechenbarkeit des Rechts. <sup>2)</sup> Die Fälle, in denen gerade im Strafrecht mit der sozialen Adäquanz gearbeitet wird, <sup>3)</sup> sind so geartet, daß ihre völlige Harmlosigkeit den Gedanken, es könne sich um eine widerrechtliche Rechtsgutverletzung handeln, kaum aufkommen läßt. So erklärt es sich, daß man geneigt ist, schon die Tatbestandsmäßigkeit der in Frage stehenden Handlung zu verneinen. <sup>4)</sup>

Beim Streik aber hat man es mit einem Sachverhalt zu tun, der erheblich von den vorgenannten abweicht. Niemand wird ihn für harmlos halten, daß die Frage der Rechtmäßigkeit nicht ernsthaft diskutiert zu werden brauchte. Die sonst als sozialadäquat anerkannten Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre dienen entweder dem eigenen Interesse des Verletzten selbst oder es handelt sich um eine Maßnahme, die in jeder Weise dem normalen Ablauf des Gemeinschaftslebens entspricht.

Mit der Tatbestandsdoppelkonstruktion der herrschenden Meinung in § 823 Abs. 1 BGB, die einseitig zugunsten von Arbeitgebern ein absolutes Recht postuliert und die mit dem Rechtfertigungsgrund der Sozialadäquanz den Arbeitskampf nur ausnahmsweise legalisiert, wird die historische, politische und verfassungsrechtliche Verankerung und Sicherung des Arbeitskampfes zwar nicht deliktsrechtlich "wegeskamotiert", <sup>5)</sup> wohl aber die verfassungsrechtliche Position der Arbeitskampffreiheit nicht in dem ihr entsprechenden Maß durch die Tatbestandskonstruktion im Deliktsrecht eingeordnet.

Die sog. Sozialadäquanz ist demnach weder in der Lage, als Rechtfertigungsgrund die ihr zugedachten Funktionen zu übernehmen, <sup>6)</sup> noch - bei Überwindung des unrichtigen Verständnisses vom Gewerbebetrieb als absolutem Recht - eine Rechtskategorie zu werden, die Unrecht im einzelnen Fall zu begründen vermag. <sup>7)</sup>

- 1) Erman-Drees, § 823 Anm. 8 a
- 2) Hoffmann, AuR 1968, 44; vgl. Böttcher, BB 1958, 621 ff; Ramm, AuR 1966, 166; Rüthers, AuR 1967, 132
- 3) Sozialadäquanz des Zeugungsaktes, der Teilnahme am Straßen-, Schienen- oder Flugverkehr, von Geschäften im Rahmen ordnungsgemäßer Geschäftsführung, unerheblicher Körperverletzungen, unerheblicher Freiheitsbeschränkungen, bloßer Unanständigkeit oder Zudringlichkeit für Sittlichkeitsdelikte, der Aufgabe der ehelichen Lebensgemeinschaft, des Ausschankens alkoholischer Getränke usw.
- 4) vgl. Nikisch II, S. 118; Welzel, S. 55 ff
- 5) so ab er Wiethölter, S. 313
- 6) Bernert, S. 91 f; Wiethölter, KJ 1970, 132
- 7) Wiethölter, S. 313

Wer also glaubt, daß die soziale Adäquanz ein Maßstab sei, mit dessen Hilfe das Abgrenzungsproblem der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Streiks leichter lösbar wäre, der verwechselt das Wort Sozialadäquanz mit einem Begriff. <sup>1)</sup> Zu Unrecht hält daher Hofmann die Sozialadäquanz für einen unbestimmten Rechtsbegriff von normativem Charakter. <sup>2)</sup> Auch kann ein fester Begriffsinhalt speziell für das Arbeitskampfrecht nicht durch Bezug auf die Funktion der Arbeitskampffreiheit gewonnen werden, weil angesichts der ständig neu und neuartig auftretenden sozialen Interessenkonflikte gerade kein beständiges, geschichtlich gewordenes Moment herangezogen werden kann. <sup>3)</sup>

65341234

### Schlußfolgerung

Richtig erscheint, bei der Rechtswidrigkeitsprüfung im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB auf die Heranziehung des Begriffs der Sozialadäquanz ganz zu verzichten. <sup>4)</sup>

Die Anhänger der Lehre von der Sozialadäquanz als Rechtswidrigkeitsmaßstab dürfen also nicht folgern, eine Handlung sei nicht rechtswidrig, weil sie dem Prinzip der sozialen Adäquanz entspreche, sondern sie müssen das Vorliegen der Sozialadäquanz immer erst konkret feststellen, um zum Ausschluß der Widerrechtlichkeit zu kommen. <sup>5)</sup> Spricht man aber von einem sozialadäquaten Streik, dann verdeckt man damit nur die Frage nach den Grenzen der Streikfreiheit selbst. <sup>6)</sup>

Selbst Nipperdey hat sich schließlich dazu bekannt, daß bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit die positive Feststellung erforderlich ist, daß der Streik die Grenzen der Kampffreiheit überschreitet. <sup>7)</sup>

- 
- 1) Larenz NJW 1955, 522 f;  
vgl. auch die grundsätzliche Kritik Bernerts
  - 2) Hofmann, S. 19
  - 3) Hoffmann, AuR 1968, 44; Mebus, S. 50 ff
  - 4) vgl. Nikisch II, S. 118  
Daß letztere überhaupt gerechtfertigt ist, ist bereits im Grunde auch von Niese (S. 32) bezweifelt und abgelehnt worden.  
vgl. auch Mebus, S. 63 f
  - 5) Larenz NJW 1955, 522 f;  
vgl. Münzberg, S. 274 Fußn. 536
  - 6) Nikisch II, S. 132
  - 7) NJW 1967, 1992;  
vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1000;  
vgl. Nikisch II, S. 135

Nikisch <sup>1)</sup> folgert aber daraus, die allgemein anerkannte Arbeitskampffreiheit bilde somit einen selbständigen Rechtfertigungsgrund für tatbestandsmäßiges Handeln nach § 823 Abs. 1 BGB.

6534124

### Feststellung der Rechtswidrigkeit

Mit Recht wird jetzt zunehmend in der Literatur die Meinung vertreten, daß das "Recht am Gewerbebetrieb" ein offener, ergänzungsbedürftiger Tatbestand ist, dessen Erfüllung die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung keineswegs indiziert. <sup>2)</sup>

Kein Rechtsgut, das im zulässigen sozialen Kampf eingesetzt ist und von ihm betroffen wird, verdient heute absoluten Rechtsschutz - per se -, vielmehr muß das Unrecht eines Geschehens erst selbst, sei es durch Abwägung von Interessen, sei es durch Vergleich von Rechtsprinzipien oder auf andere Weise, für den Einzelfall positiv gefunden und begründet werden. <sup>3)</sup>

Der Richter ist also gezwungen, sich erst selbst eine Grundlage für das Rechtswidrigkeitsurteil zu schaffen. Auch der BGH <sup>4)</sup> hat sich eindeutig dagegen gewandt, daß nach dem Vorbild der klassischen Rechtsgutsverletzungen des § 823 Abs. 1 BGB das Schema der indizierten Rechtswidrigkeit und der ausnahmsweisen Rechtfertigung auf den Tatbestand der Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs angewandt wird.

Streiks und Aussperrungen werden als aus dem Interessengegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern geborene wirtschaftliche Kampfmittel nicht schon dadurch zu tatbestandsmäßigen Verletzungshandlungen i. S. des § 823 Abs. 1 BGB, daß sie in der Regel mit nicht unbeträchtlichen Nachteilen für die Gegenseite verbunden sind. Die Verletzung von Rechtsnormen muß hinzukommen. Als "Eingriffe" in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Arbeitgebers wären - folgt man der herrschenden Meinung - Streiks zu beurteilen, die gegen Rechtsnormen verstoßen, verfassungswidrig, tarifwidrig oder betriebsverfassungswidrig sind. Nur so ist die Kollision von statischem Rechtsgüterschutz auf der einen und dyna-

---

1) Nikisch II, S. 135

2) vgl. Nipperdey NJW 1967; 1989 Anm. in Fußn. 25, 21

3) vgl. Wiethölter, S. 313; Mebus, S. 66

4) BGH v. 16. 6. 1966 NJW 1966, 1617 (1618)

mischem Erwerbs- und allgemeinem Entfaltungsschutz auf der anderen Seite zu lösen. 1)

Diese Konfliktsituation zeigt sich besonders beim Zusammentreffen des "Rechts am Gewerbebetrieb" des Arbeitgebers mit der Arbeitskampffreiheit des Arbeitnehmers. Die geltende Rechtsordnung gewährt allen diesen Positionen rechtlichen Schutz. Die Entscheidung darüber, welche Rechtsposition im Einzelfall schützenswerter ist, setzt eine Abgrenzung mittels konkreter Güterabwägung voraus.

Da der Generalklausel des "Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" die unrechtsindizierende Funktion fehlt, ist in jedem Fall zu prüfen, ob der Eingriff nach Art und Maß noch in den Grenzen des Verkehrsüblichen liegt und vom Arbeitgeber daher hinzunehmen ist. Aber es handelt sich hier um eine Besonderheit, die der Generalklausel des "Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" allgemein anhaftet. Auch sonst kann ein und dasselbe Verhalten in einem Fall einen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellen, im anderen aber nicht, je nachdem, ob das Verhalten von der Rechtsordnung mißbilligt wird oder nicht.

Erst von der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens kann auf seine Tatbestandsmäßigkeit als "Eingriff in den Gewerbebetrieb" geschlossen werden. 2)

Der "Eingriff in den Gewerbebetrieb" durch Arbeitskampf wäre nur dann als rechtswidrig anzusehen, wenn dieser die Grenzen der Arbeitskampffreiheit überschreitet.

653413

#### Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung

Aus der Ablehnung der Sozialadäquanz als Rechtswidrigkeitskriterium und der Indizwirkung des Tatbestands des § 823 I BGB folgt, daß in Verbindung mit der Rückführung der Rechtswidrigkeitsprüfung auf die Grenzen der Streikfreiheit es bei dem Erlaß der einstweiligen Verfügung stets einer positiven Rechtswidrigkeitsprüfung bedarf. Der Richter darf eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen, wenn er aufgrund des Vorbringens des Antragstellers zu dem Ergebnis gekommen

- 
- 1) vgl. Nipperdey NJW 1967, 1988;  
 vgl. auch Fikentscher (Wettbewerb) S. 507 ff  
 zum Schutz der wirtschaftlichen Betätigung im wirtschaftlichen Wettbewerb
- 2) vgl. Bettermann, JZ 1964, 601 (607);  
 Larenz II, S. 426; Söllner, S. 90

ist, daß der Arbeitskampf die Grenzen der Streikfreiheit selbst überschreitet. Hält sich der Arbeitskampf aber in den Grenzen der Streikfreiheit, so kann auch bei Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb schon tatbestandsmäßig kein Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliegen.

Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung kommt also nicht in Betracht.

653414

Verantwortlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers im unerlaubten Arbeitskampf

Zweifelhaft ist es, ob die schlichte Kampfbeteiligung einzelner Arbeitnehmer an unerlaubten Arbeitskämpfen ihres Verbandes als deliktisches Handeln anzusehen ist.

Vielfach werden beim deliktischen, gewerkschaftlich geführten Arbeitskampf nur die Organisatoren, in deren Händen die Kampfführung liegt, nicht hingegen die Streikenden selbst, deren Tätigkeit nicht über die schlichte Streikteilnahme hinausgeht, als Täter der unerlaubten Handlung angesehen. <sup>1)</sup>

Zur Begründung wird das Argument herangezogen, daß man nur so dem Wesen des Streiks als soziologischer Massenerscheinung gerecht werden könne. Wenig überzeugend ist es, daß ein Befolgen des Kampfbefehls, also die schlichte Beteiligung an einem Arbeitskampf keine selbständige unerlaubte Handlung darstellen soll. Ist der Streik ein Eingriff in den Gewerbebetrieb, so setzt jeder am Streik Beteiligte für diesen Eingriff eine Ursache. Dies kann auch der Ansicht Krafts <sup>2)</sup> entgegen gehalten werden, der zwischen Organisatoren des Arbeitskampfes und den den Arbeitskampf ausführenden Arbeitnehmern und Arbeitgebern unterscheidet und die letzteren nur aus unerlaubter Handlung haften lassen will, wenn sie etwa als Mitglieder der Gewerkschaft für die Organisation selbst verantwortlich sind.

Deshalb trifft neben den Organisatoren auch die einzelnen Teilnehmer am Arbeitskampf die deliktische Verantwortlichkeit, wenn die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung in seiner Person vorliegen. <sup>3)</sup> Insoweit ist auch der Erlaß

1) vgl. Nikisch II, S. 134; Niese, S. 84 f; Hueck, RdA 1956, 202; OLG Düsseldorf v. 18. 8. 1953, RdA 1953, 395

2) Kraft, RdA 1968, 294

3) vgl. Brox-Rüthers, S. 159 f; Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 304; so auch Löwisch (S. 140 ff, 196 ff, 219 ff), der jedoch grundsätzlich gegen den aus dem Arbeitsverhältnis verpflichteten Arbeitnehmer neben dem Anspruch aus dieser Rechtsbeziehung keinen Anspruch aus § 823 I BGB wegen eines gegen dieses Recht gerichteten Eingriffs zuläßt.

von einstweiligen Verfügungen gegen die einzelnen Arbeitnehmer möglich, wenn ein Verfügungsgrund gegeben ist.

653415

Einstweilige Verfügung im Arbeitskampf um neuartige tarifpolitische Forderungen

Bei den Streiks der Bauarbeiter 1962, der Textilarbeiter 1965 und der Holzarbeiter 1966 wurden von Arbeitgeberseite einstweilige Verfügungen beantragt, um die Er kämpfung von neuartigen Sonderleistungen für Gewerkschaftsmitglieder zu unterbinden. Die einstweiligen Verfügungen sollten ein freies Austragen des sozialen Kampfes um neue Gestaltungen der Arbeitsbeziehungen verhindern.

Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist auch in diesem Bereich weder dazu berufen, ihre Macht der Arbeitgeberseite zu leihen, um den tariflichen status quo zu halten, noch der Arbeitnehmerseite auf ihrem Weg zum sozialen Fortschritt tatkräftige Hilfe zu leisten. 1) Die gegen einen Streik gerichtete einstweilige Verfügung würde damit gesellschaftliche Bedeutung erlangen, daß sie eine einstweilige Interessenregelung durch Zwangsausgleich herbeiführt. Zwar ist ein Arbeitskampf um neuartige tarifpolitische Forderungen nach Auslauf des Tarifvertrages nicht tarifwidrig, er könnte aber als unerlaubte Handlung i. S. des § 823 I BGB zu werten sein.

Die Prüfung geht dahin, ob die neuartigen tarifpolitischen Forderungen sich im Rahmen eines gerechten Verhältnisses zwischen Arbeit und Kapital im Arbeitsleben bewegen und damit rechtmäßig sind.

Höchst fragwürdig erscheint es, ob diese letztlich wirtschaftliche Prüfung, ob etwa der Arbeitgeber zur Gewährung der geforderten Lohnerhöhung in der Lage ist oder ein sozialpolitisches Kampfziel wirtschaftlich vertretbar erscheint, Rechtswidrigkeitsmaßstab für die Entscheidung der Arbeitsgerichte sein kann oder sein darf.

§ 3 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft (Stabilitätsgesetz) 2) ist nicht geeignet, der Rechtsprechung Richtschnur oder gar gewichtigen objektiven Halt zu geben. 3) Nach dieser Vorschrift stellt die Bundesregierung im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung im Falle der Gefährdung der Preisniveaustabilität, eines hohen Beschäftigungsstandes, des gesamt-

---

1) Gerade diese Problematik verführt Hoffmann, AuR 1968, 50, dazu, das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes im Arbeitskampfrecht generell abzulehnen.

2) BGBl. I 1967, 582

3) a. A., Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1032

wirtschaftlichen Gleichgewichts oder eines stetigen angemessenen Wirtschaftswachstums (§ 1 Stabilitätsgesetz) lediglich Orientierungsdaten für ein gleichzeitig aufeinander abgestimmtes Verhalten der Gewerkschaften, Unternehmer und Unternehmerverbände zur Erreichung der vorgenannten Ziele zur Verfügung. Daraus folgern Nipperdey-Säcker, daß die Sozialpartner auf Grund ihrer Verpflichtung zur Wahrung des Gemeinwohls bei allen ihren Aktionen, auch den Arbeitskämpfen, gehalten seien, sich an diese Daten zu halten. 1)

Diese Daten sind lediglich Orientierungshilfen, die zur Stützung der wirtschaftlichen Gesamtkonzeption der Bundesregierung von den Sozialpartnern beachtet werden sollen. Sie sind, wie die Wirtschaftspolitik der Bundesregierung selbst, bestritten. Sie als eine Richtschnur für die Rechtswidrigkeitsprüfung des Arbeitskampfes heranzuziehen, bedeutet eine unmittelbare Bindung der Gerichtsbarkeit an parteipolitische Ausrichtungen. Eine strikte Bindung der Sozialpartner oder der richterlichen Entscheidung an diese Werte höhlt die Arbeitskampffreiheit der Sozialpartner als Bestandteil der sozialen Autonomie aus und ist geeignet, bei ständiger Vor"datierung" der sozialen und Lohnentwicklung von Seiten der Regierung die verfassungsrechtlich garantierte Arbeitskampffreiheit ganz aufzuheben. Tarifverhandlungen und die Möglichkeit der kampfwisen Durchsetzung der Forderungen würden zur Farce. 2)

Insoweit sich der Gesetzgeber, sei es bewußt, um dem Richter oder der Wissenschaft nicht vorzugreifen, sei es unbewußt, da die Rechtsfrage erst nachträglich ihm ins Bewußtsein getreten ist, sich einer Regelung enthalten hat, muß der Richter aus dem Sinn und Zweck der Gesetze und soweit diese nicht ausreichen, nach gewissenhaftem Ermessen unter Berücksichtigung aller dabei in Betracht kommenden wirtschaftlichen und ethischen Gesichtspunkte das für den Fall Angemessene finden.

Niemals ist er berechtigt, die Entscheidung abzulehnen, weil ihm das Gesetz keine Norm für die Entscheidung bereitstellt.

Dieses Rechtsverweigerungsverbot bedeutet das Verbot richterlicher Verweigerung der Rechtsantwort. 3) Der Richter hat aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots die Pflicht, rechtliche Zweifel bei der Gesetzesauslegung zu klären, das unklare Gesetz in seiner Bedeutung zu erhellen, rechtliche Gesetzesfehler zu berichtigen und die lückenhaften Normen zu ergänzen. 4)

1) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1032

2) vgl. Ramm (Gesellschaftsordnung), S. 170;  
Ramm, AuR 1966, 165 f

3) vgl. Enneccerus-Nipperdey A. T., S. 274;  
Schumann, ZZP 81, 101

4) vgl. Schumann, ZZP 81, 81

Das richterliche Urteil besteht auch auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts auf logischer Deduktion aus bestehenden Rechtsnormen. 1)

Wenn einerseits der Gesetzgeber selbst im Grundgesetz die soziale Entwicklung bewußt offengelassen, andererseits selbst kein politisches Gesamtkonzept im Bereich des Arbeitskampfrechts vorgelegt hat, so muß die Rechtsprechung als 3. Gewalt nicht nur Neutralität, 2) sondern darüber hinaus äußerste Zurückhaltung bewahren. 3)

Das Gebot der Neutralität ergibt sich schon aus Art. 20 III GG.

Der Richter wird auf ein gefährliches Parkett gezwungen, wenn er abwägen soll, ob staatliche Zielpäne konzentrierter Aktionen verbindliche Richtschnuren für die Berechtigung sozialpolitischer Forderungen der Arbeitnehmer sind und diese Forderungen mit der Leerformel der "Sozialen Symetrie" 4) in Einklang stehen.

- 
- 1) vgl. dazu den Vorwurf Zöllners (DB 1970, 55) gegenüber der Arbeitsgerichtsbarkeit, sie ringe der Verfassung eine Arbeitskampfordnung ab und zaubere Rechtssätze aus ihr hervor, die man zwar vielleicht billigen könne, bei der aber der Charakter der Scheinbegründung kaum noch verhüllt sei.
  - 2) Baur, JZ 1957, 196;  
vgl. auch Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 927 f
  - 3) Hoffmann, AuR 1968, 47;  
Ramm, JZ 1964, 582 ff.  
vgl. AuR 1964, 327
  - 4) Beachtlich sind dabei die unterschiedlichen Vorstellungen Schillers, Reden zur Wirtschaftspolitik 6, S. 178  
der Arbeitgeber  
Bretschneider, GwM Nr. 6, 1969, 333;  
der Gewerkschaften  
Vetter, Der Volkswirt 1969, Nr. 28, S. 24  
Markmann, Gewerkschaftliche Umschau, 11. Jahrgang, Nr. 9 1967, S. 186  
Markmann, Der Arbeitgeber Nr. 21/1967, S. 619  
Rosenberg, Nachrichtendienst, DGB Bd. XXIII Jahrgang 17, 1967, S. 181

Wiethölter <sup>2)</sup> ist der Auffassung, im Arbeitskampfrecht wende der Richter in den seltensten Fällen Recht an. Er setze Recht, wirke also politisch.

Andere Autoren <sup>3)</sup> sehen in dem Richter den "Ersatzgesetzgeber des Arbeitskampfrechts", da der Gesetzgeber selbst auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts kein politisches Konzept vorgelegt habe.

Wenn auch der Gesetzgeber kein eigenständiges Arbeitskampfrecht geschaffen hat, so bleibt dem Richter die Aufgabe, aufgrund der vorhandenen Maßstäbe zu entscheiden. Zweifelhaft ist, wo diese zu suchen sind.

Für das Arbeitskampfrecht ist noch kein Gewohnheitsrecht entstanden. <sup>4)</sup> Das liegt zum einen daran, daß dieses Rechtsgebiet noch in Bewegung ist. Andererseits sind in unserem Volk aus einer weltanschaulichen und rechtsstaatlichen Tradition für das Arbeitskampfrecht noch keine Maßstäbe gewachsen, die für jeden Rechtsgenossen selbstverständlich wären. Auch durch Gerichtsgebrauch ist auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts kein durch einen allgemeinen Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugtes Recht entstanden.

Von einer ständigen Rechtsprechung, einem Gerichtsgebrauch, der sich allgemein durchgesetzt hat, kann nicht gesprochen werden, da fast alle Entscheidungen des BAG und der Landesarbeitsgerichte zu den wichtigsten Problemen des Arbeitskampfrechts nicht unwidersprochen geblieben sind und keine allgemeine Anerkennung gefunden haben.

Der Rechtswissenschaft kommt lediglich die Funktion zu, die rechtlich denkbaren Entscheidungsalternativen und die sich aus dem Rechtssystem ergebenden normativen Wertungen, die den Entscheidungsspielraum eingrenzen, aufzuzeigen, um sicherzustellen, daß das juristische, um eine angemessene Problemlösung bemühte Urteil nicht bloß von subjektiven Billigkeitserwägungen getragene Gefühls-

---

1) Dieser Gesichtspunkt wird, obwohl er genereller Natur ist, wegen seiner besonderen Sachnähe zum Problem des Arbeitskampfes um neuartige tarifpolitische Forderungen an dieser Stelle abgehandelt.

2) vgl. Wiethölter, S. 290

3) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 46;

Rüthers, AuR 1967, 129;

Zöllner, DB 1970, 55;

Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 867

4) vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT S. 267

äußerung, 1) sondern eine mit den Wertentscheidungen der Rechtsordnung verträgliche und dies anhand ihrer dogmatischen Begründung ausweisende Problembeurteilung ist, 2)

6534152

### Schlußfolgerung

Die Arbeitsrichter können nicht ihrerseits aufgrund ihrer eigenen Ersatzwertungen 3) die Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen daran messen, ob ihnen das erstrebte Ziel übertrieben erscheint. Weder die volkswirtschaftliche Berechtigung noch die Angemessenheit der Forderungen dürfen zum Entscheidungskriterium für die Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen werden. 4)

Allein das Grundgesetz kann die letzte Stütze für die Entscheidung sein. Nur es ist geeignet, Richter und Kampfparteien zu binden. 5)

Das Recht des Arbeitskampfes mündet also auch hier wiederum in das Verfassungsrecht ein. Denn das Grundgesetz ist das einzige Gesetz, dem für das Spannungsfeld zwischen den Sozialpartnern, zwischen Kampffreiheit, Tarifautonomie und staatlicher Rechtsordnung rechtliche Lösungen zu entnehmen sind. Nur das Gesamtgefüge des Grundgesetzes kann dem Juristen, besonders dem Richter in diesem Raum ohne ausdrückliche Gesetzesregelung Richtschnur der Entscheidung sein, wie der Arbeitskampf in das allgemeine Rechtsgefüge einzuordnen ist.

Insoweit fällt der Rechtsprechung die Aufgabe zu, im Wege der Lückenausfüllung einen im Rang unterverfassungsgesetzlichen, inhaltlich verfassungskonformen Normenkomplex zu schaffen, der die kampfwise Austragung kollektiver Streitigkeiten um eine sinnvolle Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedin-

---

1) vgl. die Auffassungen von Baur (JZ 1957, 196) und Hoffmann (AuR 1968, 46);

Da der Gesetzgeber dem Richter keine festen gesetzlichen Maßstäbe an die Hand gegeben habe, sei der Richter gezwungen, seiner Entscheidung über den Ausgleich der sozialen Interessen seine eigene subjektive Wertung zugrunde zu legen.

2) Säcker, S. 112 ff

3) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG Art. 20 Rdn. 69

4) Schnorr, RdA 1955, 224;  
nunmehr auch Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1031

5) vgl. Wiethölter, S. 321

gungen rechtlich ermöglicht. 1)

Die Voraussetzungen, unter denen dem Richter die Setzung solcher abstrakt-genereller Normen erlaubt ist, lassen sich aus der Bindung des Richters an Gesetz und Recht, wie Art. 20 Abs. 3 GG es ausdrückt, entwickeln. 2)

6534153

### Ergebnis

Der Arbeitskampf um neuartige tarifpolitische Forderungen stellt also nur dann eine rechtswidrige unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar, wenn er durch die von der Verfassung in Art. 9 Abs. 3, 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG gesetzten Grenzen der Institutionsgarantie überschreitet. Diese ergeben sich aus dem Zweck der den Sozialpartnern gewährten Freiheit.

Deshalb kann in diesem Bereich das Institut des einstweiligen Rechtsschutzes als vorläufiges Zwangsregulativ nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Arbeitskampf sich nicht mehr innerhalb der immanenten Schranken der verfassungsrechtlich gewährleisteten Arbeitskampffreiheit bewegt.

653416

### Kann ein kampfunbeteiligter Unternehmer eine einstweilige Verfügung gegen eine kämpfende Gewerkschaft erwirken?

Durch Arbeitskämpfe werden vielfach unbeteiligte Unternehmer geschädigt.

### Beispiele:

Ein Arbeitskampf in der Stahlerzeugung legt weite Teile der Verarbeitungsindustrie still und einem dieser Unternehmen droht der wirtschaftliche Zusammenbruch.

Ein Arbeitskampf bei Zulieferbetrieben legt die Automobilindustrie lahm.

Da vertragliche Unterlassungsansprüche nicht gegeben sind, um ein streitiges Rechtsverhältnis i. S. des § 940 ZPO zu begründen, kommt lediglich ein Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung in Betracht.

- 
- 1) vgl. Reuss, AuR 1969, 206;  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 866 f
- 2) Säcker, S. 122

Auch wenn man der herrschenden Meinung folgt, ist mit der Aufnahme des Rechts am Gewerbebetrieb unter die nach § 823 Abs. 1 BGB geschützten absoluten Rechte über den Umfang des Schutzes noch nicht entschieden. Bei den genannten Beispielen ergeben sich Bedenken, weil die Geschädigten dort nicht unmittelbar die Gegner des Arbeitskampfes, sondern mittelbar betroffene Dritte in kampfunbeteiligten Unternehmen sind.

Eine Rechtsgutverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB wäre nach herrschender Meinung nur anzunehmen, wenn der Schädiger unmittelbar in das Recht am Gewerbebetrieb störend eingreift.<sup>1)</sup>

Aber auch dann sind enge Grenzen zu ziehen, um nicht auf dem Umweg über die Anerkennung dieser sonstigen Rechte einen vom Gesetz nur unter besonderen Voraussetzungen (§§ 823 Abs. 2, 826 BGB) gewollten Deliktsschutz für das Vermögen zu konstruieren.

Unmittelbar sind nach der Rechtsprechung des BGH<sup>2)</sup> nur solche Eingriffe, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet und damit betriebsbezogen sind.

Hinter dieser Unmittelbarkeitsprüfung verbirgt sich eine positive Rechtswidrigkeitsprüfung.<sup>3)</sup> Der von der Praxis entwickelte Deliktsschutz des Gewerbebetriebs hat im Rahmen der geltenden Ordnung eine ergänzende lückenfüllende Funktion.<sup>4)</sup> Die Schwierigkeit der Rechtswidrigkeitsprüfung ergibt sich aus der verschiedenartigen Interpretationsmöglichkeit der Begriffe Betriebsbezogenheit und Unmittelbarkeit des Eingriffs. Handlungen, die sich als unmittelbaren Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis darstellen, umschreibt der BGH dahin, daß es sich um Eingriffe handeln muß, "die irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen."<sup>5)</sup>

---

1) Soergel-Siebert-Zeuner § 823 Rdn. 68;  
 Soergel-Siebert-Mühl § 1004 Rdn. 62;  
 BGB-RGRK (Haager) § 823 Anm. 27;  
 Erman-Drees § 823 Anm. 7 i, cc;  
 Palandt-Thomas § 823 Anm. 6 g

2) BGH 29, 73

3) Nipperdey-Säcker, NJW 1967, 1988 ff;  
 vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 994 Fußn. 22 a;  
 vgl. auch die eingehende Untersuchung Katzenbergers (S. 66 ff) anhand wettbewerbsrechtlicher Entscheidungen

4) RGZ 132, 316; BGHZ 36, 257; 38, 200, 204

5) BGHZ 29, 74

Diese Rechtsprechung läßt die zutreffende Auffassung erkennen, daß es für die Haftung wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb nicht genügen kann, wenn primär ein anderes selbständiges Recht oder Rechtsgut verletzt wird, das seinerseits für den "Gewerbebetrieb" von Bedeutung ist.

Insbesondere darf das Prinzip, daß Schadensersatzansprüche regelmäßig nur dem Träger des verletzten Rechts oder Rechtsguts und nicht auch mittelbar Betroffenen zustehen, im gewerblichen Bereich nicht dadurch aus den Angeln gehoben werden, daß man dort, wo sich die Verletzung eines anderen Rechts oder Rechtsguts auf einen Gewerbebetrieb auswirkt, ohne weiteres noch diesen als im deliktsrechtlichen Sinne beeinträchtigt ansieht. 1)

Eine andere Beurteilung liefe auf eine nicht zu rechtfertigende Bevorzugung der allgemeinen Vermögensinteressen des gewerblichen Bereichs vor anderen Belangen hinaus. 2)

Daher geht auch zu Recht die bisher überwiegende Auffassung in Lehre und Rechtsprechung dahin, die kampfbedingte Schädigung der Unternehmer in kampfunbeteiligten Unternehmen nicht als unmittelbaren Eingriff anzusehen. 3)

Die Störungen und Schäden eines Streiks sind für die kampfunbeteiligten Unternehmen lediglich als mittelbare Eingriffe zu bewerten. Ein durch § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut wird somit durch den Arbeitskampf nicht verletzt

Nach dem derzeitigen Meinungsstand zur "Unmittelbarkeit" des Eingriffs kommt hier somit der Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht in Betracht, da sich der Arbeitgeber zwar mit der streikenden Arbeitskampfpartei in einem "streitigen Rechtsverhältnis" i. S. d. § 940 ZPO befindet, aber keinen Verfügungsanspruch gegen sie hat.

653417

Einstweilige Verfügung bei einer Vertragsverletzung als unerlaubter Handlung

Da Gegenstand einer unerlaubten Handlung Verletzungen jeglicher Art sein können und ein Arbeitskampf gleichzeitig eine Vertragsverletzung und einen Verstoß

- 
- 1) Soergel-Siebert-Zeuner, § 823 BGB Rdn. 72
  - 2) vgl. von Caemmerer, Festschrift z. 43. DJT II, S. 68, 88, 93
  - 3) wenn auch eine ständig fortschreitende Tendenz der Ausweitung des Rechtsschutzes zu verzeichnen ist und dabei der Begriff der Unmittelbarkeit in den Hintergrund gedrängt wird. Ein bedenklicher Versuch, Gesetzeskonstruktion und Rechtsschutzerfordernis eines schuldlos Geschädigten zu harmonisieren!

vgl. Soergel-Siebert-Zeuner § 823 Rdn. 70 f

gegen die allgemeinen Rechtspflichten nach § 823 BGB sein kann, kommt eine Haftung des schädigenden Sozialpartners regelmäßig sowohl aus Vertrag (Tarifvertrag) als auch aus unerlaubter Handlung in Betracht. <sup>1)</sup>

Wenn auch beim Arbeitskampf als "Eingriff in den Gewerbebetrieb" die Rechtswidrigkeitsindikation in § 823 Abs. 1 BGB abzulehnen ist, so könnte aber die allgemeine Rechtspflicht, deren Verletzung die unerlaubte Handlung darstellt, gerade durch den Vertrag oder das vertragsähnliche Verhältnis begründet werden, die die Möglichkeit des rechtswidrigen Eingriffs in die fremde Rechtssphäre gegeben haben.

Zum Beispiel könnte der Tarifvertrag der Sozialpartner in der Lage sein, eine Rechtspflicht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB zu schaffen. <sup>2)</sup>

Der Deliktsschutz relativer und damit obligatorischer Rechte bedarf der Abstimmung mit der Regelung, die das Schuldverhältnis im Gesetz gefunden hat.

Es ist zu fragen, ob dem Gläubiger gegen den Schuldner neben dem Anspruch aus dem Schuldverhältnis auch noch ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen eines gegen sein Recht gerichteten Eingriffs gewährt sein kann.

Einen Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB insoweit gegen den Schuldner zu richten, widerspricht dem Grundsatz, daß in aller Regel die für ein Rechtsinstitut geschaffenen Normen dieses auch erschöpfend regeln und eine "Anlagerung" anderer Vorschriften dort, wo keine echte Lücke besteht, nur zur Verfälschung des Rechtsinstituts führen würde. <sup>3)</sup> Dies gilt in besonderem Maß für den Vertrag. Für ihn hat der Gesetzgeber im II. Buch des BGB eine eigenständige Regelung getroffen. Seine Gestaltung richtet sich nach dem Willen der Vertragsparteien. <sup>4)</sup>

Zweifelhaft erscheint es aber, ob man allein aus diesem Grundgedanken folgern kann, daß schon deshalb eine deliktsrechtliche Überlagerung der vertraglichen Regelung generell ausscheidet. <sup>5)</sup>

---

1) Soergel-Siebert-Zeuner vor § 823 BGB Rdn. 31;  
vgl. grundlegend RGZ 88, 433

2) RGZ 88, 433; RGRK Vorbem. Anm. 23 vor § 823 BGB;  
BGH v. 13. 5. 1955, NJW 1955, 1314 (1315);  
Soergel-Siebert-Zeuner vor § 823 Rdn. 39

3) vgl. Löwisch, S. 140

4) Larenz, S. 472 ff;

vgl. Fikentscher, S. 640 ff;

vgl. auch Georgiades, (S. 167 f), der bei Anspruchsnormenkonkurrenz nur einen einheitlichen Anspruch zugesteht.

5) vgl. Löwisch, S. 140 ff; 196 ff; 219 ff

Das BAG ist demgegenüber offensichtlich der Auffassung, daß vertragliche Haftung und Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb generell nebeneinander bestehen könne. <sup>1)</sup>

Eine Einzelbetrachtung unter dem Gesichtspunkt der Tarifvertragsverletzung als unerlaubter Handlung zeigt, daß die Rechtsfolge einer Tarifvertragsverletzung sich nur nach den Regeln über die Vertragsverletzung beurteilen lassen. Eine unerlaubte Handlung ist in einer Tarifvertragsverletzung als solcher nicht zu sehen. Der Tarifbruch fällt nicht unter § 823 Abs. 1 BGB, da das Forderungsrecht kein Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB ist. Ebenso fällt eine Tarifverletzung als solche nicht unter § 826 BGB. <sup>2)</sup>

Ein schlichter Verstoß gegen den Tarifvertrag stellt also keine unerlaubte Handlung dar, die geeignet ist, einen Unterlassungsanspruch zu erzeugen.

Andererseits können beim Arbeitskampf bzw. bei Arbeitskampfmaßnahmen natürlich auch die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung vorliegen, so z. B. wenn die Tatbestände der Nötigung, Erpressung oder des Verstoßes gegen die guten Sitten erfüllt sind.

Bei diesem Zusammentreffen von Schadensersatzansprüchen aus Vertragsverletzung und aus unerlaubter Handlung ist eine echte Anspruchskonkurrenz gegeben. <sup>3)</sup> Diese Anspruchskonkurrenz ergibt sich daraus, daß Deliktsrecht und Vertragsrecht gleichwertig nebeneinander stehen. Sie unterscheiden sich dadurch, daß es sich bei unerlaubten Handlungen um Verstöße gegen allgemeine Rechtspflichten handelt, während die vertraglichen Schadensersatzansprüche Verstößen gegen die besondere auf dem Vertrag beruhende Pflicht folgen. Erfüllt ein Vorgang sowohl einen Tatbestand des Vertragsrechts wie des Deliktsrechts, so folgt aus jedem Gesetz ein Schadenersatzanspruch.

Jeder Schadenersatzanspruch ist also nach seinen Voraussetzungen, seinem Inhalt und seiner Durchsetzung entweder nach Vertragsrecht oder nach Deliktsrecht zu beurteilen. <sup>4)</sup> Eine Gesetzeskonkurrenz, wie sie Löwisch annimmt, besteht so-

- 
- 1) BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht;  
BAGE 15, 174 ff
  - 2) vgl. RGZ 119, 291
  - 3) so auch die h. L. und Rechtsprechung;  
vgl. hierzu Dietz (Anspruchskonkurrenz), S. 70 ff mit weiteren Nachweisen;  
Larenz (Vertrag), S. 74 ff
  - 4) vgl. Dietz (Anspruchskonkurrenz), S. 125 ff; 130 ff

mit generell nicht, 1)

Deshalb kann auch ein Unterlassungsanspruch aus unerlaubter Handlung wegen eines Arbeitskampfes, der über die schlichte Tarifwidrigkeit hinausgeht, gegeben sein. Dieser kann durch eine einstweilige Verfügung nach §§ 940 ZPO, 62 ArbGG vorläufig gesichert werden.

65342

Einstweilige Verfügung wegen Verletzung des § 823 II BGB

Gegenüber Arbeitskämpfen, die nach § 823 Abs. 2 BGB rechtswidrig sind, und ebenso gegenüber drohenden Kampfmaßnahmen, die ebenfalls einen solchen Verstoß darstellen, kann für Unterlassungsansprüche vorläufiger Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung gewährt werden. 2)

Voraussetzung ist, daß der Arbeitskampf insgesamt oder in Einzelakten gegen ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB verstößt. Hierher gehören zunächst alle Strafbestimmungen zum Schutz gewisser Einzelinteressen wie §§ 123, 185 ff, 240, 253 StGB sowie § 15 UWG. Weiterhin sind zu den Schutzgesetzen die Vorschriften der Arbeitskampfverbote in § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVerfG und § 55 Abs. 2 Satz 2 PersVG zu rechnen, die nicht nur dem Betrieb dienen, sondern zugleich auch den Arbeitgeber vor Kampfmaßnahmen auf betrieblicher Ebene schützen sollen. 3)

65355

Einstweilige Verfügung im sittenwidrigen Arbeitskampf

Nirgends im Arbeitskampfgeschehen ist das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes notwendiger, dringender für den bekämpften Arbeitgeber als hier. Ihm ist nicht zuzumuten, einerseits einen sittenwidrigen Streik als Kampfgegner durchstehen zu müssen oder seinen Schutz nachträglich im ordentlichen Verfahren

- 
- 1) BGH v. 28.4.1953 NJW 1953, 1180 f;  
v. 20.10.1953 NJW 1954, 145;  
vgl. auch Arens AcP 1970, 392 (402 f)
  - 2) Brox-Rüthers, S. 162
  - 3) Brox-Rüthers, S. 155;  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1034 f;  
Nikisch II, S. 135; vgl. auch  
Fitting-Kraegeloh, Betr. VG § 49 Anm. 18;  
Dietz, BetrVG § 49 Anm. 16

durch Schadensersatzklage zu suchen. Die Rechtsordnung verlangt gerade hier die Zügelung des Arbeitskampfgeschehens. Ein staatlicher Eingriff durch die dritte Gewalt berührt dabei nicht die Institutionsgarantie des Arbeitskampfes und die Kampffreiheit der Arbeitnehmer, da für beide die geltende Rechtsordnung den Rahmen bildet.

Ein Arbeitskampf verstößt gegen die guten Sitten (§ 826 BGB), wenn er als Gesamtvorgang dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstreitet. <sup>1)</sup>

Nach den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung hauptsächlich für den Boykott entwickelten, aber auch für den Streik geltenden Grundsätzen kann die Sittenwidrigkeit eines Arbeitskampfes entweder in der Art des Kampfzieles oder in den angewandten Mitteln oder in dem Mißverhältnis von Mittel und Zweck begründet sein. <sup>2)</sup>

Wenn auch das Kampfziel nicht mehr im Rahmen der Arbeitskampffreiheit liegt, so braucht deshalb der Arbeitskampf noch nicht sittenwidrig zu sein. <sup>3)</sup>

Der Begriff der guten Sitten hat seine zentrale Bedeutung im Bereich des Arbeitskampfrechts fast völlig verloren. Schon die Tatsache, daß bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Arbeitskampfrecht die besonderen Anschauungen und Verhältnisse in den Kreisen des Arbeitslebens eine wesentliche Rolle spielen sollen, <sup>4)</sup> zeigt, daß der allgemeine Begriff der Sittenwidrigkeit in diesem Bereich wenig passend ist. <sup>5)</sup> Es kommt hinzu, daß nach einer verbreiteten Ansicht in der Bejahung der Sittenwidrigkeit ein moralisches Vorwurfselement liegt, das von der betreffenden Seite oft als zu weitgehend und nicht gerechtfertigt empfunden wird. <sup>6)</sup>

Deshalb sieht man heute den § 823 Abs. 1 BGB als die maßgebende Norm des Arbeitskampfrechts an. Durch ihn kann die Anwendung des § 826 BGB weitge-

---

1) vgl. RGZ 48, 124; 51, 381; 55, 372; 58, 216; 73, 113, 115, 417

2) vgl. Söllner, S. 85;  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1035 mit Fußn. 97  
Nikisch II, S. 139;  
vgl. die zusammenfassende Darstellung Doerks

3) Nikisch II, S. 139

4) RAG, ARS 2, 217; 10, 100

5) vgl. Schnorr, RdA 1955, 223 f;  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 193

6) Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 296

hend ersetzt werden, da man auf diese Weise zu lebensnäheren, begrifflich schärferen und Diffamierung vermeidenden Ergebnissen gelangt. <sup>1)</sup>

Wenn aber die Sittenwidrigkeit offen zutage tritt, so sollte doch § 826 BGB zur Anwendung kommen. <sup>2)</sup> In diesem Fall bereitet auch der Erlass einer einstweiligen Verfügung keine Schwierigkeiten.

Da hier nicht nur die Rechtswidrigkeitsprüfung positiv ausgefallen ist, sondern darüber hinaus noch ein besonderer ethischer Vorwurf erfolgt, ist der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung notwendige Verfügungsanspruch uneingeschränkt und bedenkenlos gegeben.

6536

### Einstweilige Verfügung gegen strafbare Arbeitskämpfe

Die vorliegende Untersuchung soll sich auf die Frage beschränken, ob und wann ein arbeitsrechtlicher Streik als Eingriff in das geschützte Rechtsgut der Willensentschließung, Willensbetätigung und des Vermögens anzusehen ist.

Gegen Deliktshandlungen nach §§ 240 und 253 StGB steht dem Arbeitgeber eine quasinegatorische Unterlassungs- <sup>3)</sup> oder Beseitigungsklage <sup>4)</sup> zu.

Einstweiligen Rechtsschutz bis zur endgültigen Klageentscheidung im ordentlichen Verfahren könnte die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO gewähren. <sup>5)</sup>

Nötigung im Sinne des § 240 StGB begeht, wer durch Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel einen anderen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zwingt, und Erpressung im Sinne des § 253 StGB, wer durch eine solche Nötigung das Vermögen des Genötigten oder eines anderen schädigt in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern.

---

1) Nikisch II, S. 136;

vgl. auch Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1028 f;  
Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 302

2) Nikisch II, S. 136

3) Soergel-Siebert-Mühl, Bd. IV § 1004 Rdn. 54 ff

4) Soergel-Siebert-Mühl, Bd. IV § 1004 Rdn. 37 ff;  
Neumann-Duesberg, BB 1964, 52

5) vgl. Neumann-Duesberg, BB 1964, 52

Der Arbeitskampf als Nötigung

Der Streik als Mittel des Arbeitskampfes ist seiner Natur nach ein Zwangsmittel, bei dem drohende wirtschaftliche Nachteile den Arbeitgeber veranlassen sollen, die Wünsche der Arbeitnehmer zu erfüllen. Er bezweckt also Willensbeugung. <sup>1)</sup>

Die Tatbestandsvoraussetzungen

Die gemeinsame Arbeitsniederlegung ist daher - rein tatbestandlich gesehen - eine Form der Nötigung oder, wo es um die Erlangung von unrechtmäßigen Vermögensvorteilen geht, eine Erpressung.

Denn hier versuchen die Arbeitnehmer durch die Drohung mit der Niederlegung der Arbeit oder, wenn der Streik bereits ausgebrochen ist, mit der Drohung ihn fortzusetzen, ein für sie günstiges Verhalten des Arbeitgebers zu erzwingen. <sup>2)</sup>

Die Tatbestandsmäßigkeit des Arbeitskampfes als Nötigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Einzelarbeitsverträge ordnungsgemäß gekündigt worden sind, bevor die Arbeitnehmer in den Streik treten. Soweit die Massenänderungskündigung nämlich als Druckmittel zur Erreichung einer Kollektivvereinbarung eingesetzt wird, ist sie selbst schon Arbeitskampfmaßnahme. Die Drohung mit einer Unterlassung kann auch dann eine Nötigung sein, wenn eine Verpflichtung zum Handeln nicht besteht, <sup>3)</sup> und die Niederlegung der Arbeit ist auch dann ein empfindliches Übel, wenn die Arbeitsverträge vorher gelöst worden sind.

In den wichtigsten Fällen, nämlich beim organisierten Arbeitskampf erschöpft sich die Kampfmaßnahme auch gar nicht in einem Unterlassen, sie besteht vielmehr wesentlich in dem Einsatz der gesamten Machtmittel der Organisation, also in einem positiven Tun, von dessen Durchschlagskraft der Erfolg des Kampfes entscheidend abhängt. <sup>4)</sup>

Da §§ 240, 253 StGB offene Tatbestände sind, entfällt bei ihnen die unrechtsindizierende Funktion der Tatbestände. Die Rechtswidrigkeit muß positiv bestimmt werden. <sup>5)</sup> Nach § 240 Abs. 2 StGB ist die Tat dann rechtswidrig, wenn die An-

---

1) Schröder, BB 1953, 1015

2) Schröder, BB 1953, 1015

3) Schröder, BB 1953, 1015 (1016) Fußn. 8; Nikisch II, S. 149; Schönke-Schröder, StGB § 240 Rdn. 9

4) Niese, S. 23 f; Nikisch II, S. 149

5) Maurach II, S. 117

wendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Daran fehlt es regelmäßig bei Streiks, da die Drohung mit Arbeitsniederlegung oder Fortsetzung der Arbeitsverweigerung von der Rechtsordnung als Kampfmittel anerkannt ist. 1) Auch die Tatsache, daß der Streik "irgendwie" rechtswidrig ist, also daß er etwa Verbandsrecht, Tarif- oder Arbeitsverträge verletzt, reicht nicht aus für das "strafrechtliche" Unrecht einer Nötigung.

Dieses ist unabhängig von dem verbandsrechtlichen, tarifrechtlichen oder arbeitsvertraglichen Unrecht eines Streiks zu ermitteln. 2)

Übereinstimmung scheint darin zu bestehen, daß der Begriff der rechtswidrigen, weil verwerflichen Nötigung im Sinne des Strafrechts sich nicht mit der Sittenwidrigkeit deckt. 3)

Wo aber ist eine klare Unterscheidung zu treffen zwischen dem, was nur sittenwidrig ist und dem, was sozial verwerflich ist?

Niese versteht unter der Verwerflichkeit eine gesteigerte Sittenwidrigkeit. 4)

Nach Nipperdey ist ein Arbeitskampf nur in den allerschwersten Fällen verwerflich im Sinne des § 240 StGB. 5)

Zwischen sittenwidrigen und verwerflichen Arbeitskämpfen begrifflich zu unterscheiden, erscheint kaum möglich. Hier sollte bei der Beurteilung besondere Vorsicht geübt werden. 6)

653612

### Die Praktikabilität

Der Arbeitsrichter scheint hier sicherlich überfordert, wenn er diese subtile Abgrenzung vornehmen - diese auch noch im Eilfall - und eine einstweilige Verfügung gestützt auf § 240 StGB erlassen soll. Diese Fälle scheinen wohl auch mehr theoretischer Natur zu sein und kaum praktische Bedeutung zu haben.

Reicht das vorgetragene Tatsachenmaterial nicht dazu aus, eine einstweilige Verfügung auf § 240 StGB zu stützen, so enthält der Sachverhalt in jedem Falle einen Verstoß nach § 823 oder § 826 BGB oder eine sonstige Vertragswidrigkeit. In diesem Falle wird aber der Arbeitsrichter die einstweilige Verfügung

---

1) Schönke-Schröder, StGB § 240 Rdn. 26

2) Niese, S. 51; vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1053

3) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1053

4) S. 54 ff

5) (Grundriß) S. 306; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1053

6) Nikisch II, S. 150

auf eine Rechtsnorm minderer Verletzungsintensität als Verfügungsanspruch stützen.

65362

### Der Arbeitskampf als Erpressung

653621

### Die Tatbestandsvoraussetzungen

§ 253 StGB schützt - wie § 240 StGB - die Freiheit der Willensentschließung und außerdem das Vermögen. Es geht um eine Vermögensschädigung durch Nötigung eines anderen.

Eine Arbeitskampfmaßnahme, die nicht unter den Tatbestand der Nötigung fällt, kann also erst recht keine Erpressung sein.

Für die Rechtswidrigkeit der Erpressung gilt das für § 240 Abs. 2 StGB Gesagte, da sich § 240 Abs. 2 StGB und § 253 Abs. 2 StGB wörtlich decken.

Die Tat muß begangen sein, um "sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern".

Haben die Arbeitnehmer auf den angestrebten Vorteil einen Anspruch, so fehlt es - wenn nicht schon am Schaden - jedenfalls an der Rechtswidrigkeit des bezweckten Vorteils. Das ist aber beim Lohnstreik niemals der Fall, denn durch ihn soll ja gerade erst ein neuer Tarifvertrag erreicht werden, aus dem sich die Ansprüche auf die höheren Löhne ergeben.

Nach § 253 StGB genügt es nicht, daß der erstrebte Vorteil rechtlich nicht begründet ist, er muß vielmehr zu Unrecht erstrebt sein.

Die Arbeitnehmer haben zwar keinen rechtlichen Anspruch auf eine Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen, man kann aber nicht sagen, daß sie sich zu Unrecht bereichern wollen, wenn sie eine Verbesserung ihrer Lohn- und Arbeitsbedingungen erstreben. 1)

Wenn das Ziel des Kampfes z.B. solche Lohnerhöhungen sind, die als sachlich gerechtfertigt und angemessen angesehen werden können, kann wohl nicht von einem Vermögensdelikt gesprochen werden, selbst wenn die Tat, durch die dieses Ziel erreicht werden soll, als verwerflich zu bezeichnen ist, da die Regelung von Arbeitsverhältnissen durch Tarifverträge gerade Aufgabe der Koalitionen ist. 2)

---

1) Nikisch II, S. 151

2) Brox-Rüthers, S. 190

Nicht jeder Arbeitskampf, der den Tatbestand der Nötigung erfüllt, ist auch Erpressung, wenn er um vermögenswerte Ziele geführt wird. <sup>1)</sup>

So weit die Arbeitskampffreiheit reicht, ist die Rechtswidrigkeit in jedem Falle ausgeschlossen. <sup>2)</sup>

Nikisch <sup>3)</sup> meint, das Tatbestandsmerkmal "der Bereicherung zu Unrecht" käme aber in Betracht, wenn durch den Arbeitskampf ein Vermögensvorteil erstrebt würde, der in keinem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stünde oder vernünftigerweise nicht mehr als Gegenleistung für die eigene Leistung der Arbeitnehmer angesehen werden könnte, Nipperdey, <sup>4)</sup> wenn die Lohnforderungen so hoch bemessen seien, daß sie offensichtlich den Ruin des bestreikten Arbeitgebers herbeiführen würden, Brox-Rüthers, <sup>5)</sup> wenn die Forderungen offensichtlich das Maß dessen, was noch als angemessen anzusehen ist, überschreiten.

Diese Meinungen zeigen schon, wie schwer im Einzelfall die Abgrenzung sein wird, da für die Entscheidung offensichtlich ein objektiver Maßstab fehlt. <sup>6)</sup>

Das soll nun der Richter als neutraler, aber rechtsmächtiger staatlicher Schiedsrichter oberhalb der sozialen Kampfparteien in einem summarischen Verfahren entscheiden bzw. entscheiden müssen!

Beurteilungsmaßstab könnte doch nur die allgemeine Verkehrsanschauung sein. <sup>7)</sup>

Soll er abstellen auf die Meinung der Arbeitsparteien, die gerade konträr ist, eine allgemeine Volksmeinung, die wohl kaum festzustellen ist, oder soll er selbst als Glied der Allgemeinheit sich ein Urteil über die Frage der Unrechtmäßigkeit bilden?

Aus der Schwierigkeit der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit folgt die Problematik der einstweiligen Verfügung in diesem Bereich.

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey (Grundriß) S. 306

2) Schönke-Schröder, StGB § 253 Rdn. 11 und 21

3) Nikisch II, S. 151

4) Grundriß S. 306; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1054

5) S. 190

6) Mertz, AR-Blattei, Arbeitskampf VI

7) vgl. Niese, S. 88 f

Danach wird auch hier der Arbeitsrichter aus Zweckmäßigkeitserwägungen auf eine andere Rechtsgrundlage minderer Intensität des Rechtsverstoßes als Verfügungsanspruch für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zurückgehen, wenn der "streitige" Sachverhalt das zuläßt.

Die Fälle, in denen eine einstweilige Verfügung auf § 253 StGB zu stützen ist, werden jedoch noch viel seltener als die Nötigung sein und in der Praxis daher kaum in Betracht kommen.

6537

Einstweilige Verfügung gegen sog. verfassungsgefährdende  
Arbeitskämpfe und Arbeitskämpfe in lebenswichtigen Betrie-  
ben und Berufszweigen

Zweifelhaft ist, ob in diesen Bereichen Raum für eine einstweilige Verfügung ist

65371

Verfassungsgefährdende Arbeitskämpfe

653711

Begriff und Stoßrichtung

Hier sind die Kampfmaßnahmen zwar gegen den Sozialpartner gerichtet, durch das Ausmaß und die Eigenart der Folgen wird aber der Bestand der Verfassungsordnung ernstlich gefährdet. Es handelt sich um einen echten Arbeitskampf; dieser richtet sich aber objektiv gegen den Staat. <sup>1)</sup> Bei dieser objektiven Frontstellung kann der Staat die ihm zur Verfügung stehenden Mittel, wie Verbote gemäß Art. 9 III 2 GG oder Maßnahmen im Wege des Notstandes gemäß Art. 91 II GG oder polizeiliche Maßnahmen ergreifen, sobald sich der Arbeitskampf oder die Arbeitskampfmaßnahmen gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung, das Sozialstaatsprinzip oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung richten. <sup>2)</sup>

---

1) Brox-Rüthers, S. 59; Rüthers, S. 84 ff; Kaiser, S. 32 f

2) vgl. BAG 1, 300

653712

Ergebnis

Aus dieser Verfassungs- oder Polizeiwidrigkeit kann der durch den Arbeitskampf betroffene Arbeitgeber keinen materiell-rechtlichen Anspruch herleiten. Die dem Betrieb des Arbeitgebers drohende oder eingetretene Schädigung hält sich, wenn nicht sonstige - nicht verfassungsgefährdende - Rechtswidrigkeitsgründe vorliegen, hier innerhalb der Grenzen der Arbeitskampffreiheit. Das Ausufern des Arbeitskampfes in das Gebiet der öffentlichen Gefahr berührt den Bereich der Sozialpartner nicht. Die Schädigungen des einzelnen Arbeitgebers begründen auch unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit des Eingreifens aus dem öffentlichen Interesse <sup>1)</sup> kein subjektives Recht, zu dessen Schutz ein Eingreifen der Gerichtsbarkeit geboten ist. <sup>2)</sup>

Für eine einstweilige Verfügung ist also hier kein Raum.

65372

Arbeitskämpfe in lebenswichtigen Betrieben und Berufszweigen

Gleichgelagert oder ähnlich erscheint hier die Problematik der Rechtswidrigkeit.

Unter lebenswichtigen Betrieben oder Berufszweigen sind solche zu verstehen, deren ungestörte Funktion für die lebensnotwendige Versorgung der Allgemeinheit unerlässlich ist. Dazu gehören besonders die sog. Versorgungsbetriebe, Krankenhäuser, angestellte Ärzte usw.

653721

Meinungsstand

Stein <sup>3)</sup> und Brox-Rüthers <sup>4)</sup> halten Arbeitskämpfe in Betrieben der lebensnotwendigen Daseinsvorsorge für schlechthin unzulässig. Von Münch <sup>5)</sup> folgt die generelle Unzulässigkeit eines Arbeitskampfes in kommunalen Versorgungsbetrieben daraus, daß ein solcher Arbeitskampf gegen die öffentliche Sicherheit

---

1) vgl. dazu Mayer-Ule, S. 448; Drews-Wacke, S. 59 f

2) vgl. dazu die Grundsätze über die Selbstbetroffenheit u. Aktivlegitimation im verfassungsgerichtlichen Verfahren Leipholz-Rupprecht, BVerfGG, § 64 Rdn. 2; § 90 Rdn. 58, 72

3) Stein, S. 91

4) Brox-Rüthers, S. 69

5) von Münch, DÖV 1960, S. 298 f

und Ordnung verstoße, die beide Bestandteile der verfassungsmäßigen Ordnung seien. Zacher <sup>1)</sup> und Hueck-Nipperdey-Säcker wenden sich gegen diese Pauschalbeurteilung in ihrer Allgemeinheit. Hueck-Nipperdey-Säcker <sup>2)</sup> werfen der vertretenen Gegenansicht vor, diese beruhe auf einer antiliberalen, etatistischen, die wertsetzende Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen für die Beinhaltung der Begriffe "öffentliche Sicherheit" und "öffentliche Ordnung" verkennenden Wertung. Die Freiheit, Arbeitskämpfe zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen führen zu können, sei selbst ein wesentliches Element der freiheitlich-rechtsstaatlichen und sozialen Ordnung dieses Staates, wie sie in den Grundrechts- und Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes zum Ausdruck komme.

653722

### Rechtswidrigkeitsprüfung

Problematisch ist die Zulässigkeit eines Arbeitskampfes dann, wenn die Schädigung der Allgemeinheit notwendig verbunden ist mit der Möglichkeit, dem Kampfgegner empfindliche Schäden zuzufügen.

Grundsätzlich ist es den Kampfparteien freigestellt, den für sie günstigsten Zeitpunkt zu wählen, d. h. also den Kampf dann zu beginnen, wenn der wirtschaftliche Druck den Gegner empfindlich trifft. Mit Hilfe von kampfaktischen Überlegungen kann daher die Gewerkschaft den Arbeitskampf so ansetzen, daß nicht oder nicht in erster Linie der wirtschaftliche Schaden den Kampfgegner zum Nachgeben zwingen soll, sondern der Druck auf die Allgemeinheit.

Der Arbeitskampf ist in der Rechtsordnung aber nur als Notbehelf und "ultima ratio" zur Lösung der sozialen Gegensätze des Arbeitslebens anerkannt. Er steht weiter unter der Voraussetzung, daß die unmittelbare Stoßrichtung auf die Schädigung des sozialen Gegenspielers gerichtet ist. Daraus folgt, daß eine Benachteiligung der Allgemeinheit nur dort und auch nur in möglichst geringem Umfang in Kauf genommen werden kann, wo eine Lösung der Konfliktsituation nicht anders zu erreichen ist.

Die Abwägung der Interessen der Allgemeinheit an der ungestörten Funktion ihrer Lebensvoraussetzungen gegen die Interessen einzelner Gruppen, die Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen notfalls auch im Arbeitskampf erzwingen zu können, scheint (notwendig) zu einem Interessenübergewicht für die Allgemeinheit zu führen.

---

1) Zacher, Zeitschrift für Sozialreform 1966, 129 ff

2) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1030 Fußn. 83

Die Arbeitskampffreiheit ist nur als ausnahmsweise Anerkennung eines Selbsthilferechts gewährleistet. Sie kann sich nicht auf Bereich erstrecken, in denen der Lebensordnung der Allgemeinheit selbst Schäden zugefügt werden. Denn hier hat sich der Arbeitskampf, der als Ordnungsmittel im Sozialbereich zugelassen ist, zu einer Störung dieser allgemeinen Ordnung erweitert. Für diese Fälle kann die Rechtsgemeinschaft die Arbeitskampffreiheit nicht eingeräumt haben. <sup>1)</sup>

Die Arbeitskampffreiheit ist den Koalitionen im Rahmen des allgemeinen Ordnungsprinzips der sozialen Selbstverwaltung gegeben. Diese Selbstverwaltung setzt die Einsicht voraus, daß das Gemeinwohl die oberste Grenze für das Streben der Koalitionen nach Gruppenvorteilen bilden muß, wenn sie ihren Platz in der am Gemeinwohl orientierten Rechtsordnung finden soll. <sup>2)</sup> Soweit daher beim Arbeitskampf in lebenswichtigen Betrieben die überwiegenden Interessen der Allgemeinheit beeinträchtigt werden, sind die Grenzen der staatlich eingeräumten sozialen Selbstverwaltung als überschritten anzusehen. <sup>3)</sup>

Der Begriff der überwiegenden Interessen der Allgemeinheit umfaßt die überragenden Forderungen des Allgemeinwohls, wie die Volksgesundheit, die öffentliche Ordnung und Sicherheit. <sup>4)</sup>

Es besteht auch kein Anlaß, im Falle eines Arbeitskampfes wegen seines besonderen Charakters als naturgemäß spannungsgeladenen gesellschaftlichen und rechtlichen Faktums die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit anders als im herkömmlichen Sinne zu verstehen. Andernfalls wäre die Folge, daß bei Arbeitskämpfen eine Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht schon unter den gleichen (engen) Voraussetzungen gegeben wäre, wie dies bei gewöhnlichen Störungen der Fall ist, sondern hier ein großzügigerer Maßstab angelegt werden müßte. Dies kann nicht richtig sein. Denn der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ist nicht, je nachdem der Störerkreis einzelner oder gewerkschaftliche Organisation ist, manipulierbar. Eine solche Differenzierung verbietet der Gleichheitssatz des Artikels 3 Abs. 1 GG, der die Gleichheit aller vor dem Gesetz statuiert. <sup>5)</sup>

---

1) vgl. Stein, S. 80

2) vgl. Bulla, Festschrift für Nipperdey (1965) Bd. II S. 79 ff (83 f); Rüthers, S. 53; Stein, S. 81

3) vgl. Stein, S. 81

4) vgl. Stein, S. 81

5) vgl. von Münch, DÖV 1960, 299; Nikisch II, S. 112

Die Arbeitskampffreiheit, die nur im Rahmen der allgemeinen Rechts- und besonders der Verfassungsordnung gewährt ist, findet demnach dort ihre Begrenzung, wo die Arbeitskampfmaßnahmen die lebensnotwendige Versorgung der Bevölkerung gefährden. 1)

Das gleiche gilt für Arbeitskämpfe in Krankenhäusern, Pflegeheimen usw., wenn Gesundheit und Leben der Patienten in Gefahr gebracht werden. Sorgen jedoch Notdienste dafür, daß die Bevölkerung hinreichend versorgt wird, die Patienten die augenblicklich erforderliche ärztliche oder pflegerische Betreuung erhalten, so ist gegen einen Arbeitskampf in diesem Bereich nichts einzuwenden. 2)

653723

### Ergebnis

Auch hier ist nach materiellem Recht kein Raum für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, da sich der Arbeitgeber nicht auf die Verletzung eines ihm zustehenden Rechtes berufen kann. Es fehlt an einem einstweilen zu sichernden Anspruch.

Für die Polizei- bzw. Ordnungsbehörde verbleibt jedoch die Möglichkeit, im Wege der Polizeiverfügung und der polizeilichen Zwangsmittel die Unterlassung der Störungen gegen die "störende" Kampfpartei vorzugehen. 3)

Auch Artikel 12 a GG bietet für den Staat nunmehr ausdrücklich die Möglichkeit, die Arbeitnehmer in dem Bereich der "Versorgung der Streitkräfte" und der "Versorgung der Zivilbevölkerung" mit dem lebensnotwendigen Bedarf durch Dienstverpflichtung in ihrer Streikfreiheit einzuschränken. Was zu dem angeführten Bereich gehört, ist durch restriktive Auslegung zu ermitteln.

- 
- 1) vgl. Söllner, S. 91;  
Schell, BB 1969, 1079 (1080 f);  
vgl. dazu die grundlegende Untersuchung Steins;  
vgl. auch Reuss (Festschrift C. Heymann), S. 261 f
- 2) vgl. Brox-Rüthers, S. 150;  
Reuss (Juristenjahrbuch), S. 187;  
Söllner, S. 91
- 3) vgl. aber Reisch, S. 76

6538

Einstweilige Verfügung in arbeitsvertragswidrigen Arbeitskämpfen

Der Arbeitgeber könnte versuchen, eine einstweilige Verfügung mit der Begründung zu erwirken, das Streiken der Arbeitnehmer stelle einen Bruch des Einzelarbeitsvertrages dar und sei daher rechtswidrig.

Aufgrund des Arbeitsvertrages sind die Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung verpflichtet. Beteiligt sich der Arbeitnehmer an einem Streik, so stellt er die Arbeit ein.

Fraglich ist nun, ob darin tatbestandsmäßig und rechtswidrig ein Arbeitsvertragsbruch liegt. <sup>1)</sup>

65381

Spannungsverhältnis zwischen Kollektiv- und Individualarbeitsrecht

Über das rechtliche Schicksal der Arbeitsverhältnisse im Arbeitskampf sagen die Gesetze nichts aus. Das Arbeitsverhältnis findet seine Regelung im Individualrecht, der Arbeitskampf dagegen ist Teil des kollektiven Arbeitsrechts. Es ist bisher versucht worden, diese beiden Kreise, Individualrecht und kollektives Arbeitsrecht, theoretisch auf verschiedene Weise zur Deckung zu bringen.

Gibt man dem Einzelarbeitsvertrag den Vorrang, so kommt man zu dem Ergebnis, daß auch die Beteiligung an einem in jeder Hinsicht rechtmäßigen Arbeitskampf den Arbeitsvertrag verletzt, wenn das Arbeitsverhältnis nicht vor Kampfbeginn durch fristgemäße Kündigung gelöst worden ist und so beide Seiten zum Kampf frei geworden sind. <sup>2)</sup>

Man kann aber auch davon ausgehen, daß das kollektive Arbeitsrecht die Pflichten aus dem Einzelarbeitsvertrag suspendiert mit der Folge, daß Kampfmaßnahmen im Rahmen eines rechtmäßigen Arbeitskampfes den Arbeitsvertrag nicht verletzen. <sup>3)</sup>

---

1) vgl. zur Problematik insbesondere Kauffmann, DB 1951, 466 ff; Kraft, RdA 1968, 434 ff

2) so vor allem die ältere Lehre; vgl. Sinzheimer, S. 290; Nikisch II, S. 156 ff mit weiteren Nachweisen

3) vgl. Hoeniger, BB 1955, 37 - 42; Bulla, Festschrift für Nipperdey (1955), S. 163 ff

Nach der wohl heute herrschenden sog. Einheitstheorie muß das Handeln der die Arbeit einstellenden Arbeitnehmer nicht in seiner Vereinzelung, nicht als Individualhandeln, sondern als Kollektivhandeln bewertet werden. Bei der Arbeitsniederlegung im Streik liege kein Individualhandeln vor, da der Einzelhandlung keine selbständige Bedeutung zukomme, sie gehe vielmehr im rechtmäßigen Kollektivakt auf. 1) Zur Begründung wird das Argument herangezogen, es sei sinnwidrig, einerseits den kollektivrechtlichen Charakter des gruppengemäßen Handelns anzuerkennen, andererseits aber die Handlung des Kollektivs bei der rechtlichen Beurteilung der Kampfbeteiligung des einzelnen Arbeitnehmers wieder in die sie ausmachenden Einzelakte zu zerlegen, um eine gesonderte individualrechtliche Bewertung zu ermöglichen. Das Einzelarbeitsvertragsrecht stehe der Durchführung von Arbeitskämpfen angesichts der verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes nicht entgegen. 2)

Die Frage, ob kollektivrechtlich rechtmäßige Arbeitskämpfe, die ohne vorherige Kündigung der Einzelarbeitsverträge und ohne Einhaltung der Kündigungsfristen begonnen werden, Arbeitsvertragsbruch sind, ist legislativ nicht gelöst. Eine sinn- und wirkungsvolle Führung von Arbeitskämpfen ist aber nur möglich, wenn die rechtmäßige kollektive Arbeitseinstellung ohne Rücksichtnahme auf die unterschiedlich langen Kündigungsfristen der Arbeitsverhältnisse gleichzeitig und auch überraschend erfolgt.

Ein verfassungskonformes Tarif- und Arbeitskampfsystem ist nur dann gewährleistet, wenn den Koalitionen die Durchführung von Arbeitskämpfen ohne Einhaltung der individuellen Kündigungsfristen gestattet ist. 3)

Wenn die Arbeitnehmer, die ihre Arbeitsverhältnisse mitbestimmenden tariflichen Arbeitsbedingungen durch die Teilnahme an einem Arbeitskampf mitgestalten wollen, so machen sie von ihrer verfassungsmäßig garantierten Arbeitskampffreiheit im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses Gebrauch. 4)

- 
- 1) statt vieler vgl. BAG GS, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; Nipperdey (Grundriß), S. 292; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 930 ff
  - 2) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 932 f
  - 3) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 930
  - 4) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 38

Die durch den Streik erstrebte Neuordnung eines Sektors des Arbeitslebens wird durch den einzelnen Arbeitnehmer mitgetragen. Der streikende Arbeitnehmer nimmt aktiv an der sozialen Selbstverwaltung teil. Dem Handeln der einzelnen Arbeitnehmer kommt faktisch keine selbständige Bedeutung zu, da sie nicht auf der Ebene des Individualrechts handeln, sondern in gruppenmäßiger und im Hinblick auf das gemeinsame Kampfziel solidarischer Verbundenheit auftreten. <sup>1)</sup>

Die Streikteilnahme geht über eine bloße Verweigerung der einzelvertraglich geschuldeten Arbeit hinaus.

Mit dieser Erkenntnis ist die Diskriminierung des Streiks als Vertragsbruch unvereinbar. Die vom Recht ausdrücklich anerkannte Möglichkeit des einzelnen Arbeitnehmers, durch den Streik an einer kollektiven Neuordnung im Arbeitsleben mitzuwirken, verletzt nicht den Arbeitsvertrag. <sup>2)</sup> Sie steht vielmehr gleichwertig neben ihm. Aus dem Gegeneinander von Dienstleistungspflicht und Streikteilnahme ist durch die Anerkennung der sozialen Selbstverwaltung ein Nebeneinander geworden. <sup>3)</sup>

Der durch den Arbeitsvertrag begründete und durch Tarifvertrag konkretisierte Anspruch des Arbeitgebers auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers steht damit der Durchführung von Arbeitskämpfen angesichts der verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes nicht entgegen. <sup>4)</sup>

653831

### Schlußfolgerung

Die Arbeitskampffreiheit modifiziert also die Pflichten des Arbeitnehmers im Einzelarbeitsverhältnis. <sup>5)</sup> Sie gibt ihm das Recht, seiner abstrakten Arbeitspflicht nicht konkret nachkommen zu müssen. Durch die Beteiligung im Arbeitskampf verstößt somit der Arbeitnehmer nicht gegen den Arbeitsvertrag. <sup>6)</sup> Da seine Arbeitskampfbeteiligung keine einzelarbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, bedarf es auch erst recht keines besonderen Rechtfertigungsgrundes. Viel-

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 931

2) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 38; Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 930

3) vgl. dazu ausführlich Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 931 f

4) Nach Hoffmanns Ansicht (AuR 1968, 38) unterliegt der Anspruch auf Arbeitsleistung entsprechend dem im Grundgesetz anerkannten sozialen Schutzauftrag der Gewerkschaften den Einwirkungen von der kollektivrechtlichen Ebene und damit einer sozialen Bindung im Sinne von Artikel 14 Absatz 2 GG.

5) Hoffmann, AuR 1968, 38

6) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 931

mehr stellt der Arbeitskampf schon tatbestandsmäßig keine Verletzung des Arbeitsvertrages dar. 1)

653832

### Ergebnis

Für die Anwendung der einstweiligen Verfügung in diesem Bereich folgt daraus, daß bei der Beteiligung von Arbeitnehmern an einem rechtmäßigen Arbeitskampf eine einstweilige Verfügung gegen den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmer unter Berufung auf die Arbeitsvertragswidrigkeit nicht durch den Arbeitgeber zu erwirken ist.

Nipperdey 2) meint, für die Frage, ob die Streikbeteiligung ein rechtswidriger Vertragsbruch sei, sei entscheidend, daß der Arbeitskampf z. B. weder deliktisch, noch tarifwidrig, also nicht schon nach anderen Prüfungskriterien rechtswidrig sei. Diese Ansicht ist zu eng. Es ist vielmehr bei jedem Teilbereich der Rechtswidrigkeit zu prüfen, ob sie die Arbeitsvertragswidrigkeit begründet. 3)

Ergibt sich, daß der Arbeitskampf aus anderen Gesichtspunkten als rechtswidrig anzusehen ist, dann folgt die Beurteilung der Anwendung der einstweiligen Verfügung nach den Gesichtspunkten, die für diesen Bereich ausgearbeitet worden sind.

Für diese Fälle ergibt sich also kein besonderes Problem hinsichtlich des Gesichtspunktes der Einzelarbeitsvertragswidrigkeit, da die Rechtswidrigkeit des Arbeitsvertragsbruchs ohne weiteres daraus folgt, daß der Kampf nicht mehr im Rahmen der verfassungsgemäßen Kampffreiheit liegt. 4)

- 
- 1) Hoffmann, AuR 1968, 38;  
vgl. Brox-Rüthers, S. 62 f
  - 2) Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 292
  - 3) Brox-Rüthers, S. 163
  - 4) Darauf, daß ein Arbeitskampf verbandswidrig sei und daher ein rechtswidriger Einzelarbeitsvertragsbruch vorliege, kann sich der Arbeitgeber nicht berufen. Andernfalls würde ihm im Bereich der Einzelarbeitsvertragswidrigkeit ein Anspruch zugestanden, der ihm im Teilbereich der Verbandswidrigkeit gerade nicht zusteht.

65384

Unanwendbarkeit der einstweiligen Verfügung

Der Arbeitgeber könnte somit auch keine einstweilige Verfügung erwirken, wenn der Arbeitskampf unter keinem der vorgenannten Argumente rechtswidrig ist, indem er darlegt, der Arbeitskampf sei gerade einzelarbeitsvertragswidrig, da die Arbeitnehmer durch ihre Streikbeteiligung gegen ihre einzelarbeitsvertragliche Arbeitspflicht verstoßen hätten.

Ist ein Arbeitskampf unter keinem materiellen Teilaspekt außer dem der Arbeitsvertragswidrigkeit als rechtswidrig zu erachten, so folgt ohne weiteres, daß auch die Teilnahme der Arbeitnehmer diesen nicht zu einem arbeitsvertragswidrigen Arbeitskampf macht.

Dieser Arbeitskampf stellt für den Bereich des Einzelarbeitsverhältnisses schon tatbestandsmäßig keinen Vertragsbruch dar. Insofern scheidet hier immer der Erlaß einer einstweiligen Verfügung sowohl gegen den Arbeitnehmer als auch gegen die Gewerkschaft aus, da es an einem Verfügungsanspruch fehlt.

6539

Einstweilige Verfügung in wilden Streiks

65391

Die herrschende Meinung und deren Argumentation

Folgt man der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung <sup>1)</sup> und Lehre, <sup>2)</sup> dürfte hier wohl immer der Erlaß einer einstweiligen Verfügung geboten sein.

Das BAG hält auch weiterhin daran fest, daß eine von der zuständigen Gewerkschaft weder von vornherein gebilligte noch nachträglich genehmigte und übernommene Arbeitsniederlegung wilder Streik und als solcher rechtswidrig ist. <sup>3)</sup>

---

1) BSG AP Nr. 30 zu Art. 9 GG Arbeitskampf;  
BAG AP Nr. 32, 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

2) Brox-Rüthers, S. 129 ff;  
Dietz (Festschrift für Herschel), S. 47 ff  
Hoeniger, RdA 1953, 207  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1005 f m. w. N. in Fußn. 34 g;  
Konzen, ZfA 1970, 180

3) BAG v. 21.10.1969, RdA 1970, 61

Das BAG und die wohl noch herrschende Meinung im Schrifttum gehen - Nipperdey folgend <sup>1)</sup> - davon aus, daß allein tariffähige Parteien berechtigt seien, Arbeitskämpfe zu führen, da der Arbeitskampf nur innerhalb eines Systems der kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen unentbehrlich sei.

Die herrschende Meinung beruft sich dabei auf die in Art. 9 Abs. 3 GG enthaltene Institutionsgarantie des Streiks. Aus Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG in Zusammenhang mit Satz 1 wird abgeleitet, daß grundgesetzlich garantiert und damit rechtmäßig ein Streik nur dann sei, wenn er von einer Gewerkschaft geführt werde und die Wahrung oder Förderung der Arbeitsbedingungen zum Ziel habe. <sup>2)</sup> Daß "Verinigungen" i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG auf Arbeitnehmerseite nur Gewerkschaften sein könnten, wird aus der Entstehungsgeschichte gerechtfertigt. Als Bestätigung wird die Ergänzung des Grundgesetzes durch Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG angesehen, durch den das Streikrecht der Gewerkschaften habe notstandsverfassungsfest gemacht werden sollen. <sup>3)</sup> Die Verfassungswidrigkeit des wilden Streiks wird auch aus dem Ordnungsprinzip der sozialen Selbstverwaltung gefolgert. Weil nur tariffähige Parteien einen Tarifvertrag abschließen und Partei eines Schlichtungsverfahrens sein können, sollen auch nur sie berechtigt sein, einen Arbeitskampf zu führen, da dieser mit jenen beiden Instituten des kollektiven Arbeitsrechts geschichtlich, soziologisch und systematisch aufs engste verbunden sei. <sup>4)</sup>

Rüthers <sup>5)</sup> sieht das entscheidende Argument gegen das Streikrecht einer ad hoc gebildeten Gruppe von Arbeitnehmern darin, daß sie keine Tarifverträge abschließen könne. Nur Gewerkschaften seien in der Lage, sachgerechte Tarifverträge abzuschließen und vor allem ihre Einhaltung zu garantieren. Auch aus diesen Gründen zieht Säcker <sup>6)</sup> den Schluß, der wilde Streik genieße keinen Verfassungsschutz, da es schlechterdings mit den Mitteln der Gesetzesauslegung nicht erreichbar sei, Art. 9 Abs. 3 GG aus einem integralen Pfeiler der bestehenden Rechtsordnung zu einem Rammbock gegen eben diese Rechtsordnung umzudeuten.

---

1) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1006;  
vgl. Hoeniger, RdA 1953, S. 207 f

2) vgl. Weitnauer, DB 1970, 1640

3) vgl. Weitnauer, DB 1970, 1640

4) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1006;  
Weitnauer, DB 1970, 1641;  
Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

5) Rüthers, DB 1970, 2127

6) Säcker, BB 1971, 963

Sicherlich ist es richtig, daß zwischen dem Arbeitskampf und der Schlichtung, die ihn nach Möglichkeit verhüten oder beenden soll, und dem Tarifvertrag, um dessen Gestaltung in vielen Fällen gekämpft wird, ein gewisser Zusammenhang besteht. Trotz dieses spezifischen Zusammenhangs zwischen Arbeitskampf und Tarifvertrag kann deshalb doch nicht der Auffassung beigegeben werden, zur Führung von Arbeitskämpfen seien von vornherein nur tariffähige Parteien befugt und demgemäß wilde Streiks a limine rechtswidrig. <sup>1)</sup>

Es ist auch gerade umstritten, ob wirklich nur der Abschluß eines Tarifvertrages rechtmäßiges Kampfziel sein kann.

Erkennt man nur dieses enge Kampfziel, schafft man damit ein Streikmonopolrecht für die Gewerkschaft. Der wilde Streik, d. h. jeder nicht von einer Gewerkschaft geführte Streik, wird also von vornherein als rechtswidrig gestempelt. <sup>2)</sup>

Die herrschende, sich auf geschichtliche <sup>3)</sup> und soziologische <sup>4)</sup> Elemente stützende Ansicht entspricht mehr einem Wunschbild als dem geltenden Recht <sup>5)</sup> und führt zu einer ganz erheblichen Einschränkung der Arbeitskampffreiheit, die sich rechtlich nicht begründen läßt. <sup>6)</sup> Das Grundgesetz räumt den Arbeitnehmern und den Gewerkschaften nicht ausdrücklich ein subjektives Streikrecht ein. Der Verfassungsgeber hat im Gegenteil die Aufnahme eines Streikrechts abgelehnt, weil er befürchtete, einem gewerkschaftlichen Streikrecht könne die Be-

---

1) vgl. Soergel-Zeuner § 823 BGB Rdn. 85;  
Zeuner, RdA 1971, 4;  
Wiethölter, S. 173

2) Reuss (Juristenjahrbuch), S. 173; Zeuner, RdA 1971, 4

3) Nach Höniger, RdA 1953, 207 ff, entspricht nur ein Arbeitskampf zwischen tariffähigen Parteien der "geschichtlich gewordenen Ordnung unseres Arbeitslebens";  
ähnlich Hessel, BB 1951, 86; Müller, RdA 1951, 249; Dietz (Festschrift für Herschel), S. 47 f

4) Bulla (Festschrift für Nipperdey 1955), S. 181

5) vgl. die soziologische Untersuchung Rajewskys

6) Auch Bötticher, BB 1957, S. 623 äußert Bedenken und bemerkt, daß man zu einer solchen Institutionalisierung des Arbeitskampfes nur mit großer Vorsicht und in der Front der allgemeinen Rechtsüberzeugung schreiten darf.

deutung eines Streikmonopols zukommen. 1) Art. 9 Abs. 3 GG enthält - entgegen der Ansicht Huecks <sup>2)</sup> - kein Verbot des wilden Streiks. Hueck schließt aus Art. 9 Abs. 3 GG auf einen verfassungsrechtlichen Schutz von Arbeitskämpfen tariffähiger Verbände und hält daher die nicht geschützten wilden Streiks für widerrechtlich.

Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG sagt aber lediglich, daß gegen Arbeitskämpfe, die von Vereinigungen i. S. des Abs. 3 Satz 1 geführt werden, keine Maßnahmen aufgrund der notstandsverfassungsrechtlichen Normen ergriffen werden dürfen. Wilde Streiks, die nicht von Koalitionen geführt werden, können daher im Notstandsfalle aufgrund der notstandsverfassungsrechtlichen Kompetenznormen unter Umständen untersagt oder durch Arbeitsverpflichtungen gebremst werden.

Durch Art. 9 Abs. 3 Satz 3 GG ist damit aber noch keine endgültige Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des wilden Streiks getroffen. <sup>3)</sup>

653921

#### Das historische Argument

Die historische Entwicklung zeigt, daß Streiks die Organisation der Arbeitnehmer erfordert haben. Erst sie hat den planmäßigen Kampf um bessere Löhne und Arbeitsbedingungen ermöglicht. <sup>4)</sup>

Die Gewerkschaften sind lediglich die vollendetste, bestorganisierteste, historisch weithin alleinige Kollektivrepräsentation von Arbeitnehmern. Es kann aber nicht übersehen werden, daß Arbeitnehmerinteressen gleichsam unterhalb und außerhalb der Gewerkschaft nicht rechtlich brach liegen. <sup>5)</sup>

Das verkennen das BAG und Nipperdey, wenn sie die wilden Streiks als sozialinadäquat ansehen. Sie gehen nicht auf die konkreten Interessenkonflikte ein, aus denen wilde Streiks resultieren. Zweifellos sind Streiks "aufs engste mit der Gewerkschaftsbewegung verbunden". <sup>6)</sup> Das Faktum der historischen Verbunden-

---

1) vgl. Konzen, ZfA 1970, 170; Bulla (Festschrift für Nipperdey 1955), S. 163, 167; Ramm, AuR 1964, 129, 136; vgl. Mangoldt-Klein Bd. I Art. 9 Anm. VII 1; Hohenester, S. 37; Dietz in Weber-Scheuner-Dietz, S. 101

2) Hueck, RdA 1968, 430, 432

3) vgl. Konzen, ZfA 1970, 171;  
Säcker, BB 1971, 963;  
Zeuner, RdA 1971, 4

4) vgl. Rajewsky, S. 7

5) vgl. Wiethölter, S. 317

6) Hueck-Nipperdey (Grundriß), S. 284

heit allein rechtfertigt aber nicht, den Gewerkschaften ein Streikmonopol zuzuerkennen.

653922

### Die Faktizität

Die in den letzten Jahren häufiger werdenden wilden Streiks, die im September 1969 in den wilden Massenstreiks der Bergbau- und Stahlarbeiter ihren Höhepunkt fanden, haben den Konflikt zwischen den Streikenden und "ihren" Gewerkschaften gezeigt. 1) Die Arbeitnehmer demonstrierten ebenso gegen die Gewerkschaften wie gegen die Unternehmer. 2) Die Gewerkschaften hatten vielfach auf dem Höhepunkt der Rezession unter dem Gesichtspunkt der Arbeitsplatzsicherung auf größere Lohnerhöhungen verzichtet. Manche hatten außerdem einen langfristigen Tarifvertrag geschlossen, der ihnen in der rasch folgenden Hochkonjunktur die Hände band und sich eindeutig zugunsten der Arbeitgeberseite auswirkte. Die breite Arbeitnehmerschaft aber wollte über alle Organisationen hinaus eine Lohnentwicklung erreichen, die mit dem gesamtwirtschaftlichen Fortschritt im Einklang steht. Wirtschaftlich gesehen war ihre Lohnforderung eine beinahe logische Konsequenz aus der Preispolitik der Stahlunternehmen, die unter Ausnutzung des Booms nicht nur die Umsätze, sondern vor allem die Gewinne schnell und stark anschwellen ließen. Die Streikwelle wälzte sich auf die gesamte metallverarbeitende Industrie, Maschinenbau, Feinmechanik, Automobilindustrie, aber auch die Bauwirtschaft weiter.

Ein Mitgrund für die wilden Streiks ist, daß die Gewerkschaftsangehörigen mit den Handlungen ihrer Führungsspitze nicht übereinstimmen, seit die Tarifpartner sich in konzertierter Übereinstimmung befinden.

653923

### Die Berechtigung eigenen Interessenschutzes durch die Arbeitnehmer

Diese Vorgänge zeigen, daß es sehr wohl unmittelbare Arbeitnehmerinteressen (allgemein oder in einem bestimmten Bezirk oder in einem einzelnen Betrieb) gibt, die legitimerweise von der Gewerkschaft streikweise durchgekämpft werden könnten und sollten, die Gewerkschaft aber aus eigenen, etwa organisationspolitischen Gesichtspunkten diese Forderungen nicht geltend machen will 3) oder

---

1) vgl. Rüthers, DB 1970, 2127

2) vgl. Rajewsky, S. 79 f

3) Reuss (Juristenjahrbuch), S. 173

im Hinblick auf die tarifliche Friedenspflicht nicht machen kann. 1) In diesem Fall ist nicht einzusehen, daß Arbeitnehmerinteressen wie z. B. angemessene Tarifröhne immer nur rechtswidrig erkämpfbar sein sollen, nur deshalb, weil die Gewerkschaften selbst sich nicht für diese Forderungen einsetzen oder die kämpfenden Arbeitnehmer nicht organisiert sind. 2) Hinter der Frage, welcher Lohn im Hinblick auf die wirtschaftliche oder auch betriebliche Entwicklung als angemessen zu bezeichnen ist, verbirgt sich nichts anderes als die Frage nach dem "gerechten" Lohn. Das sog. Versagen der Gewerkschaften läßt sich rechtlich dahin definieren, daß sie nicht in der Lage sind, den als gerecht anzusehenden Lohn zu garantieren.

Zwar können keine eindeutigen Bemessungskriterien darüber gefunden werden, was der gerechte Lohn ist. Trotzdem würde die Tarifautonomie nicht in ihrem Kern getroffen, 3) wenn bei einem wilden Lohnstreik, der zu Rechtsstreitigkeiten führt, der Richter darüber entscheidet, ob der bisher gewährte oder der von den Arbeitnehmern erstrebte Lohn der gerechte ist. Denn der Unterschied zwischen dem richterlichen Prüfungsrecht und einer staatlichen Lohnfestsetzung ist kein gradueller, sondern ein qualitativer. 4) Denn die staatliche Entscheidung wird hier von der dritten, nicht aber von der ersten oder zweiten Gewalt getroffen. Diese ist aber gemäß Art. 19 Abs. 4 GG letztlich generell zur Entscheidung der Angemessenheit vertraglicher Leistungen berufen (Wegfall der Geschäftsgrundlage, Leistungsanpassung über § 242 BGB, Ersetzung der Leistungsbestimmung nach § 319 BGB).

Die wilden Streiks im September 1969 haben auch gleichzeitig die Relativität der durch die Rechtsprechung aufgestellten "Normen" der Arbeitskampfordnung sichtbar gemacht. Die "Rechtswidrigkeit" führte an keiner Stelle zu Konsequenzen.

- 
- 1) vgl. den Bericht des Vorstandsmitglieds der IG Metall Willi Michels in einem "Spiegel"-Interview, Spiegel vom 15.9.1969, S. 33
  - 2) vgl. aber Rüthers (DB 1970, 2128), der einräumt, daß nicht selten die Arbeitnehmer mit ihren Arbeitsniederlegungen auch legitime Ziele verfolgen, wenn sie günstigere Arbeitsbedingungen erstreben. Trotzdem lehnt er die generelle Zulässigkeit eines Arbeitskampfes einer ad hoc - Koalition mit den Begründungen ab, die Interessen der Arbeitnehmer könnten auf lange Sicht nur von starken Gewerkschaften, nicht aber von jeweils gebildeten ad hoc - Koalitionen ausreichend vertreten werden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit räumt er den Arbeitnehmern nur individualrechtliche Mittel zur Gegenwehr ein.
  - 3) vgl. Söllner, S. 75
  - 4) a. A. Rüthers, DB 1970, 2128

Schadensersatzprozesse und Anträge auf Erlaß einstweiliger Verfügungen durch die Arbeitgeberseite blieben aus. Daraus läßt sich nicht nur der Schluß ziehen, daß die geschädigten Arbeitgeber nicht an die Wirksamkeit der rechtlichen Sanktionen glaubten, die hinter dem Verbot stehen, <sup>1)</sup> sondern, daß sie auch von der materiellen Berechtigung der Forderungen überzeugt waren und die Rechtmäßigkeit ihrer kampfwweisen Durchsetzung nicht bezweifelten. <sup>2)</sup>

Angesichts dieses Zwiespalts zwischen Norm und Realität besteht Anlaß, die "Norm" an die Wirklichkeit anzupassen. Denn eine Norm, gegen die massiert und sanktionslos verstoßen wird, ist zur Regelung von Konflikten offenbar untauglich. Sie ist geeignet, das Vertrauen in die Rechtsordnung zu unterhöhlen oder sogar zu beseitigen. <sup>3)</sup>

Die herrschende Meinung, die als Vereinigungen i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG nur Gewerkschaften ansieht, ist auch nicht zwingend.

Denn der Begriff Koalition ist im positiven Recht nicht zu finden. Er wird weder vom Gesetz noch in den deutschen Verfassungen, noch in internationalen Vereinbarungen, die die Bundesrepublik Deutschland abgeschlossen hat, verwandt.

Aus dem Wortlaut "Vereinigungen" folgern Lerche, <sup>4)</sup> Rüthers <sup>5)</sup> und wohl auch das Bundesarbeitsgericht, <sup>6)</sup> daß Art. 9 Abs. 3 GG einen offenen Koalitionsbegriff enthalte.

Rüthers schließt daraus, der Gesetzgeber könne in einem Teilbereich die Koalitionseigenschaft auf Gewerkschaften verengen, in anderen Bereichen dagegen auch ad hoc gebildete Gruppen als Koalition ansehen.

Diese differenzierende These, für die keine eingehende Begründung gegeben wird, kann sich wohl nur aus einem Zweckdenken, für das es in der Verfassung keinerlei Anhaltspunkte gibt, begründen lassen. Überzeugen vermag sie in keinem Fall.

---

1) Rajewsky, S. 80

2) Reuss (Juristenjahrbuch), S. 173

3) vgl. Rüthers, DB 1970, 2123

4) Lerche, S. 39 ff

5) Rüthers, DB 1970, 2122

6) BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

Eine Auslegung des Koalitionsbegriffes, die die Koalitionsfreiheit des Einzelnen berücksichtigt, zeigt, daß auch der wilde Streik ein Vorgang der Bildung einer Vereinigung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist. Auch heute erstreckt sich Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG auf die ad hoc zum Zweck des Streiks und während des Streiks gebildete Arbeitnehmervereinigung, auf den Vorgang der Koalierung selbst. <sup>1)</sup> Art. 9 Abs. 3 GG stellt insoweit eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips dar. Dieses Ergebnis ist aus der Koalitionsfreiheit zu folgern, die die Möglichkeit, neue Koalitionen zu bilden, garantiert und die Arbeitnehmer nicht auf die schon vorhandenen Koalitionen beschränken darf. <sup>2)</sup>

Zu Recht hat sich das LAG Frankfurt <sup>3)</sup> daher mit der Begründung, daß sonst ein mittelbarer Koalitionszwang rechtlich eingeführt werde, der gegen die verfassungsrechtlich garantierte negative Koalitionsfreiheit verstoße, dagegen gewandt, daß ein nicht gewerkschaftlicher Streik schlechthin unzulässig sei.

Verfassungsrechtlich gesehen enthält Art. 9 Abs. 3 GG damit eine Gewährleistung des wilden Streiks. Der wilde Streik als solcher ist nicht rechtswidrig. <sup>4)</sup>

Daher ist nicht nur der Gewerkschaft die Arbeitskampffreiheit zuzugestehen, sondern jeder organisierten Gruppe, die eine verantwortliche Streikleitung hat. <sup>5)</sup> Zwar dürfte der Betriebsrat nicht die Streikleitung bilden, da Arbeitskämpfe zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach § 74 Abs. 2 BetrVG verboten sind. Da die-

- 
- 1) vgl. Ramm (Gesellschaftsordnung), S. 188;  
LAG Frankfurt v. 18. 9. 1950, RdA 1950, 427 (429)
  - 2) Ramm (Gesellschaftsordnung), S. 189
  - 3) Urteil vom 18. 9. 1950, RdA 1950, 427 (429)
  - 4) vgl. Ramm, AuR 1971, 103;  
vgl. dazu die Ausführungen Neumann-Duesbergs, BB 1963, 1442 ff
  - 5) vgl. LAG Frankfurt v. 18. 9. 1950, RdA 1950, 427 (429);  
Bulla, RdA 1950, 432;  
Grewe, JZ 1951, 183;  
Nikisch II, S. 120;  
Nikisch (Rechtsgutachten), S. 6;  
Niese, S. 42;  
Hueck, RdA 1956, 203

ses Verbot aber Arbeitskämpfe zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeber nicht ausschließt, braucht es auch eine zwischen einer ad hoc gebildeten - nicht aus dem Betriebsrat bestehenden - Streikleitung und dem Arbeitgeber nicht auszuschließen. <sup>1)</sup>

Wenn auch ein wilder Streik als solcher also grundsätzlich zulässig und rechtmäßig ist, <sup>2)</sup> könnte der Arbeitgeber gegen die am wilden Streik beteiligten Arbeitnehmer eine einstweilige Verfügung erwirken, wenn sie sich durch ihre Arbeitskampfbeteiligung arbeitsvertragswidrig verhielten. Es stellt sich also die Frage, ob bei der Betrachtung des sog. wilden Streiks als kollektivem Phänomen auch für ihn die allgemeinen Grundsätze über die Vereinbarkeit von Individual- und Kollektivarbeitsrecht gelten.

65393

### Das Problem der Einzelarbeitsvertragswidrigkeit

Nach Ansicht des BAG handelt der einzelne Arbeitnehmer durch seine Teilnahme am wilden Streik arbeitsvertragswidrig. <sup>3)</sup>

In diese Richtung zielen wohl auch van Gelder und Leinemann. <sup>4)</sup> Ihre Ausführungen, die sich jedoch nicht auf das Problem der Teilnahme von Arbeitnehmern am wilden Streik, sondern auf das der Außenseiter beim gewerkschaftlich organisierten Streik beziehen, gipfeln schlagwortartig zusammengefaßt in dem Ergebnis, ein nichtorganisierter Arbeitnehmer, der sich an einem in jeder Beziehung rechtmäßigen organisierten Streik beteiligt, handele arbeitsvertragswidrig. <sup>5)</sup>

653931

### Einheitliche Betrachtungsweise eines Lebensvorganges

Zur aggressiven Kampfmaßnahme gehört gleichzeitig die Unterlassung der Arbeitsleistung des einzelnen an der Kampfmaßnahme teilnehmenden Arbeitnehmers. Ob diese Unterlassung tatbestandsmäßig eine Beeinträchtigung seiner Arbeitsleistungspflicht ist, hängt zum einen davon ab, ob bei Beginn des Streiks

1) Reuss (Juristenjahrbuch), S. 174

2) entgegen BAG v. 21.10.1969, RdA 1970, 61

3) BAG vom 21.10.1969, RdA 1970, 61;  
vgl. auch Säcker, BB 1971, 963

4) AuR 1970, S. 1 ff

5) vgl. aber Hohenester, S. 37

eine solche Pflicht bereits entstanden war, zum anderen davon, ob nicht besondere Gründe vorliegen, die die Verletzung der entstandenen Pflicht ausschließen.

Die Unterlassung der Arbeitsleistung ist notwendiger Bestandteil der Streikmaßnahme. Es ist ausgeschlossen, daß die zu der gesetzlich gewährleisteten Streikmaßnahme gehörende Arbeitskampfhandlung rechtmäßig ist und daher nach § 823 Abs. 1 BGB nicht zum Schadenersatz verpflichtet und daß gleichzeitig die ebenfalls zu der gesetzlich gewährleisteten Streikmaßnahme gehörende Unterlassung der Arbeitsleistung eine zum Schadenersatz verpflichtende Verletzung der Arbeitsleistungspflicht ist.

Wenn die in der Streikteilnahme liegende schädigende Handlung infolge ihrer Rechtfertigung nicht tatbestandsmäßig i. S. des § 823 BGB ist, kann ein anderes Element (die Unterlassung der Arbeitsleistung) dieser Maßnahme nicht die Folge haben, die für die gerechtfertigte Arbeitskampfhandlung entfällt.

Andernfalls würde die Gewährleistung (rechtmäßiger) Arbeitskämpfe sich im Ergebnis selbst aufheben. Die Arbeitnehmer könnten sonst anläßlich eines Streiks durch die Streikmaßnahmen dem Arbeitgeber nur mit dem Schaden drohen bzw. nur den Schaden zufügen, den sie selbst anschließend zu ersetzen hätten. Sie könnten durch einen Streik auf den Arbeitgeber keinen Druck ausüben, sie könnten also gar nicht streiken. <sup>1)</sup>

Die Verweigerung der Arbeitskampffreiheit für die Nichtorganisierten verletzt zugleich ihre Koalitionsfreiheit einschließlich der kampfrechtlichen Konnexinitute und kehrt letztlich Schutzrechte von Arbeitnehmern in deren Gegenteil um. Gewerkschaftliche Organisation war und ist keine Monopolpflicht. <sup>2)</sup> Die im Grundgesetz gewährte sog. negative Koalitionsfreiheit steht dem Anschlußzwang entgegen. Der in einem Verbot des wilden Streiks liegende mittelbare Koalitionszwang verstößt gegen die verfassungsmäßige Ordnung und greift in die Arbeitskampffreiheit des nichtorganisierten Arbeitnehmers ein.

- 
- 1) Diese Argumentation gilt generell für den Arbeitskampf; vgl. aber van Gelder-Leinemann, AuR 1970, 5
  - 2) Wiethölter, S. 317; vgl. LAG Frankfurt v. 18.9.1950, RdA 1950, 429 vgl. auch Zeuner, RdA 1971, 3 f

653932

Schlußfolgerung

Da individualrechtlich für die Rechtfertigung der Unterlassung der Arbeitsleistung bei einer Teilnahme am wilden Streik nur ein Leistungsverweigerungsrecht in Betracht kommt, muß der an einem rechtmäßigen wilden Streik als solchem teilnehmende Arbeitnehmer bezüglich entstandener Arbeitsleistungspflichten ein Leistungsverweigerungsrecht haben. Dieses Leistungsverweigerungsrecht rechtfertigt die nach § 823 Abs. 1 BGB an sich tatbestandsmäßige Handlung.

65394

Ergebnis

Der Arbeitgeber kann also mit dem Argument, er werde von nichtorganisierten Arbeitnehmern bzw. von keiner Gewerkschaft bestreikt und der Arbeitskampf sei daher rechtswidrig, keine einstweilige Verfügung gegen die einzelnen Arbeitnehmer oder gegen deren Streikleitung erwirken.

654

Beschränkungen des Verfügungsanspruchs einstweiliger Verfügungen im Arbeitskampf aufgrund der Rechtswidrigkeitsproblematik?

6541

Bedenken und Meinungsstand

Leicht und schnell kann der Erlaß einer einstweiligen Verfügung erfolgen, obwohl es an einem materiell-rechtlichen Anspruch fehlt. In dem eiligen Zugriff liegt aber die Gefahr des Mißgriffs, <sup>1)</sup> d. h. des Verzichts auf die richtige Entscheidung. <sup>2)</sup>

Als Fehlerquelle für den Erlaß der einstweiligen Verfügung könnte eine falsche rechtliche Würdigung in Betracht kommen. Kein Rechtsgebiet ist noch so im Fluß wie das Arbeitskampfrecht. Rechtsprechung und Literatur bemühen sich ständig um die Klärung wichtiger Probleme und Streitfragen. Aber zu wenigen Fragen gibt es bereits eine unbestrittene, herrschende Meinung. Im Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen des Arbeitskampfverbots und die besondere rechtliche Problematik im Arbeitskampfbereich versuchen daher einige Autoren den Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügungen im Arbeitskampf durch materiell-rechtliche Kriterien einzuschränken.

---

1) Baur, BB 1964, 615

2) Baur, BB 1964, 615

Reuss will daher eine einstweilige Verfügung im Arbeitskampf nur zulassen, wenn die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes evident <sup>1)</sup> bzw. wenn der "Kampfhandlung die Unrechtmäßigkeit auf die Stirn geschrieben steht". <sup>2)</sup>

Nach Nipperdey-Säcker soll eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen werden, sofern an der Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes keine vernünftigen Zweifel möglich sind. <sup>3)</sup>

Nach Zeuner <sup>4)</sup> kommt eine einstweilige Verfügung gegen den rechtswidrigen Arbeitskampf nur in Betracht, wenn es sich um einen Kampf handelt, der von vornherein ganz eindeutig außerhalb des Zulässigen liegt.

Hessel <sup>5)</sup> schlägt als Kriterium die "Offensichtlichkeit" der Rechtswidrigkeit vor. Er spricht von einem "rechtspolitisch unmöglichen und untragbaren Ergebnis", wenn bei der Dringlichkeit des ausbrechenden Arbeitskampfes ein Arbeitsrichter oder gar bei besonderer Dringlichkeit der Amtsrichter, der sprichwörtlich "junge Assessor, der Sonntagsrichter nach Dienstplan" ohne mündliche Verhandlung mit souveräner Unbekümmertheit über die schwierigsten und umstrittensten Streitfragen des Arbeitskampfrechtes entscheiden soll. <sup>6)</sup>

Brändel <sup>7)</sup> hingegen meint, die Gefahr einer falschen rechtlichen Würdigung würde durch die besondere Beschleunigung des Verfahrens der einstweiligen Verfügung kaum wesentlich gegenüber dem ordentlichen Prozeß erhöht.

Auch Heckelmann <sup>8)</sup> mißt dem Umstand, daß die Qualifizierung der Kampfmaßnahme als rechtswidrig schwierige arbeitsrechtliche Überlegung erfordert, mit dem Hinweis auf das Verbot der Rechtsverweigerung keine Bedeutung zu, wenn man die Gefahr oberflächlicher Rechtserwägung nicht überzeichne.

---

1) Reuss, DB 1965, 817

2) Reuss (Festschrift C. Heymann), S. 286

3) Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1049 f

4) Zeuner (RdA 1971, 7) sieht aber auch die Möglichkeit der Begrenzung, "wenn Nachteile drohen, die erheblich über das normale Maß hinausgehen (und nicht durch entsprechend erhöhte Kampfinteressen der Gegenseite aufgewogen werden - zu denken ist namentlich an die akute Gefahr der Existenzvernichtung)"

5) Hessel, DB 1967, 2072

6) Hessel, DB 1967, 2072

7) Brändel, S. 82 f

8) Heckelmann, AuR 1970, 177

Gegen eine Beschränkung des Anwendungsbereiches der einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf durch Einengung des Verfügungsanspruchs aufgrund der besonderen Arbeitskampfrechtsproblematik wendet sich auch Faupel.<sup>1)</sup>

6542

### Eigene Stellungnahme

Auch wenn man die bisher von der Arbeitsgerichtspraxis entschiedenen Fälle als unproblematisch ansieht,<sup>2)</sup> so bedarf es dennoch der Erörterung der von Reuss, Hessel und Nipperdey-Säcker vorgeschlagenen Abgrenzung der einstweiligen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung des Verfügungsanspruchs. Die Ansicht, die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf auf die Fälle der offensichtlichen und keinen vernünftigen Zweifeln unterliegenden Rechtswidrigkeit zu beschränken, findet keinerlei Stütze im Gesetz. Denn ein Verfügungsanspruch ist unabhängig davon, ob die Rechtswidrigkeitsproblematik einfach liegt oder ob kontroverseste Streitfragen entschieden werden müssen, entweder gegeben oder nicht gegeben.<sup>3)</sup> Nirgends ist dem Gericht die Beschränkung auferlegt, nur bei allgemein anerkannten, evident rechtswidrigen Arbeitskämpfen einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren.

Der Grundsatz des Rechtsverweigerungsverbots verbietet es vielmehr, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Hinblick auf eine entscheidungserhebliche Problematik nur deshalb zu verweigern, weil sich eine einhellige nicht lediglich herrschende, aber bestrittene Meinung in Literatur und Rechtsprechung noch nicht gebildet hat.<sup>4)</sup>

Auch in anderen Rechtsgebieten wie z. B. dem Wettbewerbsrecht, dem Presse-recht, dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gibt es schwierige Rechtsfragen zu entscheiden. Kein Gericht, das in diesen Rechtsbereichen um den Erlaß einer einstweiligen Verfügung angegangen worden ist, hat bisher deshalb den vorläufigen Rechtsschutz versagt.

Aus Prinzip, den rechtsschutzsuchenden Antragsteller im Arbeitskampfrecht schlechter zu stellen als in anderen Rechtsgebieten, besteht auch kein Anlaß.

---

1) Faupel, DB 1971, 819 f

2) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 177

3) vgl. Faupel, DB 1971, 821

4) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 177;  
Faupel, DB 1971, 821 f

Der Gesetzgeber hat auch die Gefahr einer auf unrichtigen Rechtsüberlegungen beruhenden falschen Entscheidung vorhergesehen und der durch die zu Unrecht ergangene einstweilige Verfügung betroffenen Partei einen Schadenersatzanspruch nach § 945 ZPO eingeräumt. 1)

Eine Rechtsfrage in eine allgemeine Schwierigkeitsrelation einzuordnen, erscheint kaum möglich. Darüber, was als evident rechtswidrig anzusehen ist, wird gerade im Arbeitskampfrecht, in dem in weiten Bereichen die Meinungen in der Literatur und zwischen Literatur und Rechtsprechung weit auseinandergehen, keinerlei Übereinstimmung zu erzielen sein. Wenn auch Reuss 2) zuzugeben ist, daß die einstweilige Verfügung "kein in einem Rechtsstaat geeignetes Mittel zur Entscheidung strittiger Rechtsfragen" ist, so darf dies dennoch nicht zur generellen Einschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitskampf führen. 3)

Nirgendwo im Recht ist dem Richter erlaubt, die Beantwortung der Frage, ob eine einstweilige Verfügung zu erlassen ist oder nicht, graduell von der Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit der beanstandeten Handlung abhängig zu machen. 4) Die Übertragung der Evidenztheorie 5) von der Lehre der Rechtswirkungen eines fehlerhaften Verwaltungsaktes ins Arbeitsrecht bietet deshalb keinen brauchbaren Ansatz für eine Beschränkung der Anwendung der einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf.

Die Schwäche dieser materiell-rechtlichen Argumentationsweise zur Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes im Arbeitskampf zeigt sich auch darin, daß im Falle offensichtlicher Rechtswidrigkeit Rechtsschutz durch eine Klage im Hauptverfahren ebenso schnell zu erlangen sein wird, wie im vorläufigen Verfahren. Insoweit würde es gerade an dem Rechtsschutzbedürfnis für einstweilige Maßnahmen fehlen. 6)

Wenn Hessel die Machtfülle des "jungen Assessor als rechtspolitisch unmögliches und untragbares Ergebnis" anprangert, so ist dem entgegenzuhalten, daß die bisherige Arbeitsgerichtspraxis diese Wertung nicht bedingt. 7) Hessels Argument er-

---

1) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 177;  
Faupel, DB 1971, 820

2) Reuss, DB 1965, 815

3) vgl. auch Gamillscheg (Arbeitsrecht), S. 316, der mit dieser Begründung den Erlaß einstweiliger Verfügungen in Arbeitskampfsachen für bedenklich hält.

4) vgl. Faupel, DB 1971, 821 f

5) vgl. Wolff I, S. 336; Mayer-Ule, S. 223

6) so wohl auch Faupel, DB 1971, 869

7) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 177

weckt den Eindruck eines generellen Mißtrauens an der fachlichen Qualifikation jüngerer Richter und deren besonderer Unbekümmertheit im kollektiven Arbeitsrecht. Die besonders im Arbeitskampsrecht angesiedelte Angst vor dem Mißgriff des jungen Richters erscheint gefühlsbedingt. Ihre generelle Berechtigung oder ihre Berechtigung in diesem speziellen Gebiet ist aber tatsächlich nicht gegeben. 1)

Ein geeignetes Argument gegen die einstweilige Verfügung im Arbeitskamps kann sie sicherlich nicht sein.

655

### Die Notwendigkeit der Regelung

Das Gericht darf gemäß § 940 ZPO eine einstweilige Verfügung nur dann erlassen, wenn die Regelung nötig erscheint.

6551

### Verhältnis zum Rechtsschutzbedürfnis

Brändel 2) hat überzeugend nachgewiesen, daß trotz der nach dem Wortlaut des § 940 ZPO möglichen Auslegung, die Notwendigkeit einer Regelung stelle eine selbständige Voraussetzung neben dem Rechtsschutzbedürfnis dar, diese logisch unhaltbar ist. Es sind keine Fälle denkbar, in denen bei Notwendigkeit einer Regelung das Rechtsschutzbedürfnis nicht vorliegt, oder umgekehrt das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, trotzdem aber eine Regelung notwendig erscheint. 3) In § 940 ZPO ist die Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses mit der Prüfung der Notwendigkeit der Regelung verknüpft. Ergeben sich Zweifel am Rechtsschutzbedürfnis für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, bedarf es der Prüfung der Notwendigkeit der Regelung. Das beweist die Untersuchung, daß trotz des arbeitsgerichtlichen Beschleunigungsgrundsatzes einstweilige Zustandsregelungen erforderlich sein können. 4)

---

1) vgl. auch Faupel, DB 1971, 819 f

2) vgl. Brändel, S. 68 ff

3) vgl. Brändel, S. 70

4) so auch Brändel, S. 70 Fußn. 1

Aus der engen Verflechtung dieser beiden Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung ergibt sich die Schwierigkeit der Einordnung in das Gefüge des materiellen oder prozessualen Rechts.

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nach herrschender Meinung eine sog. Prozeß- oder Sachurteilsvoraussetzung und somit eine Frage der Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung. <sup>1)</sup> Nach dem Wortlaut des § 940 ZPO ist eine Regelung dann zulässig, wenn sie nötig erscheint. Demnach müßte auch diese Prüfung im Rahmen der Zulässigkeit des Antrages erfolgen. Diese Folgerung hat Brändel konsequent gezogen, da nach seiner Meinung Rechtsschutzbedürfnis und Notwendigkeit der Regelung ein und dasselbe ist. <sup>2)</sup> Das Arbeitsgericht Hamburg <sup>3)</sup> vertritt dagegen die Ansicht, die Notwendigkeit der Regelung sei eine Frage der Begründetheit des Antrags. <sup>4)</sup>

---

1) h. M. vgl. Lent-Jauernig, S. 107; Pohle (Festschrift für Lent) S. 195; Thomas-Putzo, § 253 Vorbem. A 1 n; Baumbach-Lauterbach, Grundz. vor § 253 Anm. 5 B

2) Brändel, S. 69

3) v. 12. 10. 1955 - 6 Ca 632/55 -

4) so auch Brox-Rüthers, S. 296

Die gleiche Problematik dürfte sich auch im Verwaltungsprozeß durch den Wortlaut der §§ 123 Abs. 1 Satz 2 und 80 Abs. 4 und 5 VwGO stellen. Ausdrücklich hat m. W. nur Eyermann-Fröhler dazu Stellung genommen. Er weist dem Wort "zulässig" nicht die Bedeutung einer besonderen Prozeßvoraussetzung zu. "Es drückt nur die Befugnis des Gerichtes aus". (Eyermann-Fröhler, VwGO § 123 Rdn. 18; für die Begründetheit wohl auch Eyermann-Fröhler, VwGO § 123 Rdn. 10; unklar Ule, VwGO § 123 Rdn. 2 mit der Formulierung "darf nur erlassen werden"; wohl auch Quaritsch, VerwArch 51, 358).

Ebenso ist bei einem Widerspruch gegen einen Anforderungsbescheid von öffentlichen Abgaben gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gemäß § 80 Abs. 5 in Verbindung mit Abs. 4 Satz 3 nicht erst zulässig, sondern bereits als begründet anzusehen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des durch den Widerspruch angegriffenen Bescheids bestehen.

Für die Ansicht Brändels spricht der eindeutige Wortlaut des § 940 ZPO.

65522

### Eigene Stellungnahme

Folgt man aber dem Wortlaut und Brändels Meinung, so ist eine Zurückweisung des Antrags aus materiellen Gründen nur möglich, wenn der Antragsteller keinen materiell-rechtlichen Anspruch hat.

Die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO ist aber nicht erst dann begründet, wenn dem Antragsteller der einstweilen zu sichernde materiellrechtliche Anspruch tatsächlich zusteht - das ist eine Frage der Begründetheit der Klage im Hauptverfahren -, sondern bereits dann, wenn die einstweilige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen zur Sicherung eines schlüssig dargelegten materiellrechtlichen Anspruchs nötig erscheint.

Die Sachlogik spricht also gegen den Wortlaut des § 940 ZPO. Wohl deshalb hat auch Blomeyer gefolgert, das Wort "zulässig" in § 940 ZPO beziehe sich auf das vom Antragsteller begehrte Ziel, nicht den Antrag selbst. <sup>1)</sup>

Die prozessualen Vorschriften sind nicht Selbstzweck, sondern Zweckmäßigkeitsnormen, gerichtet auf die sachliche Entscheidung des Rechtsstreits im Wege eines zweckmäßigen und schnellen Verfahrens. <sup>2)</sup>

Verschiedentlich ist behauptet worden, der Vorrang der sog. Prozeßvoraussetzungen sei logisch zwingend. <sup>3)</sup> Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Auffassung von der Gleichwertigkeit sämtlicher Erfolgsvoraussetzungen einer Klage ist genau so vertretbar wie die herrschende Meinung, nach der die Zulässigkeit der Begründetheit vorgeschaltet werden soll. Vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus müßte man den Streitgegenstand konsequenterweise in dem Sinne zweiteilig auffassen, daß zum einen über die Behauptung des Klägers entschieden wird, er habe ein Recht auf Erlaß eines Urteils und zum anderen über die Behauptung, ihm stehe das materielle Recht zu. Lehnt man dagegen die Unterscheidung in Zulässigkeit und Begründetheit ab, so erginge die Entscheidung über ei-

---

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 118:

§ 80 VwGO enthält also ebenfalls nicht nur Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern formuliert auch Voraussetzungen der Begründetheit des Antrags.

1) Blomeyer, ZZP 81, 40 Fußn. 67

2) BGH 10, 350 (359)

3) so Jauernig, JZ 1955, 236; BVerwG 5, 37

nen einheitlichen Anspruch des Klägers in diesem Verfahren die begehrte Rechtsfolge zugesprochen zu erhalten. 1)

Mit der Logik sind beide Auffassungen gleichermaßen vereinbar. 2)

Es widerspricht also keinem Gebot der Sachlogik, wenn eine Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses in seiner Verknüpfung mit der Notwendigkeit der Regelung als materiellem Erfordernis der Begründetheit des Antrags erfolgt. 3) Nur so kann dem Gebot der Zweckmäßigkeit Rechnung getragen werden.

Auch die herrschende Meinung behandelt in einem bedeutenden Punkt das Rechtsschutzbedürfnis jedoch nicht als Prozeßvoraussetzung.

Während nämlich sonst gefordert wird, daß das Vorliegen der Prozeßvoraussetzung vorab geprüft werden muß, bevor auf die mit dem Fall zusammenhängenden materiellrechtlichen Fragen eingegangen werden darf, soll es beim Rechtsschutzbedürfnis zulässig sein, sein Vorhandensein dahingestellt sein zu lassen und die Klage aus materiellrechtlichen Gründen abzuweisen. 4)

Die Beantwortung dieser praktischen Frage kann nicht von der begrifflichen Zuordnung des Rechtsschutzbedürfnisses zum materiellen Recht oder zum Prozeßrecht abhängig sein. 5) Maßgeblicher Gesichtspunkt für das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses ist der Schutz des Gerichts. Es soll keiner Arbeitsbelastung ausgesetzt werden, die nicht im Interesse der Durchsetzung subjektiver Rechte nötig ist. Deshalb muß es dem Gericht auch freistehen, den ihm gewährten Schutz nicht in Anspruch zu nehmen. 6) Nicht einleuchtend wäre es daher, das Gericht zu zwingen, sich erst über das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses klar zu werden, wenn die Unbegründetheit der Klage auf der Hand liegt. Der herrschenden Meinung ist also in der Annahme zuzustimmen, daß die materiellrechtliche Seite hier vorweg geprüft werden kann.

---

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO Einl. E III 1 b Vorb. 48

2) Grunsky ZJP 80, 58

3) vgl. Baumgärtel, AcP 168, 401 (405);

Baur, S. 77;

Blomeyer, ZJP 65, 52 (59 ff);

Blomeyer, ZJP 68, 21 Fußn. 2, 45

4) Lent-Jauernig, S. 107;

Bruns, S. 200 ff;

Schönke-Kuchinke, S. 185;

BGHZ 12, 316

5) Grunsky, S. 339

6) Grunsky, S. 339

Man wird aber noch einen Schritt weiter als die herrschende Meinung gehen können. Das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses wird nicht nur dann dahingestellt bleiben können, wenn die Klage aus einem materiellrechtlichen Grund abweisungsreif ist, sondern auch dann, wenn die übrigen Erfolgsvoraussetzungen für ein Stattgeben vorliegen.

Der Anwendungsbereich der generalklauselhafte n Prozeßvoraussetzung des Rechtsschutzbedürfnisses ist zu eng. Maßgeblich für die Beschränkung ist weniger die Furcht vor der Gefährlichkeit einer dem Gericht erteilten "Blankovollmacht" nach reichlich unbestimmten Maßstäben über Voraussetzungen und Arten der Gewährung des Rechtsschutzes zu befinden <sup>1)</sup> als vielmehr der Gedanke, daß die Voraussetzungen der Erteilung gerichtlichen Schutzes bereits weitgehend in den materiellen Bestandsvoraussetzungen und in den Prozeßvoraussetzungen konkretisiert sind. <sup>2)</sup>

Das Gericht kann hier die vom Kläger bzw. Antragsteller begehrte Entscheidung aussprechen, ohne gezwungen zu sein, auf die vielleicht schwierige Frage nach dem Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses einzugehen. Jede andere Auffassung würde den mit dem Rechtsschutzbedürfnis verfolgten Zweck in sein Gegenteil verkehren. <sup>3)</sup>

65523

### Schlußfolgerung

Das Rechtsschutzbedürfnis nimmt unter den Klagevoraussetzungen eine Sonderstellung ein, die eine Abgrenzung zu den sachlichen Erfolgsvoraussetzungen erschwert. <sup>4)</sup>

Im Falle der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO ist eine Abgrenzung überhaupt nicht möglich.

Deshalb ist das Rechtsschutzbedürfnis in Verbindung mit der Frage, ob die Regelung notwendig erscheint, im Rahmen des § 940 ZPO als einheitliche sachliche Erfolgsvoraussetzung des Antrags anzusehen. <sup>5)</sup>

---

1) Pohle (Festschrift für Lent), S. 199

2) Rimmelspacher, S. 76

3) Grunsky, S. 340

4) vgl. Schönke-Kuchinke, S. 333

5) ebenso Arbeitsgericht Hamburg v. 12.10.1955 - 6 Ca 632/55; Blomeyer, ZZP 81, 20 (39 f)

Es ergeht also eine Sachabweisung aus Gründen der Prozeßökonomie und im Interesse der Parteien, wenn aufgrund des Antrags eine einstweilige

Die allgemeine Behauptungs- und Beweisproblematik im einstweiligen Verfügungsverfahren

Hauptkennzeichen des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist die Entbehrlichkeit einer mündlichen Verhandlung und der vollen Beweiswürdigung. Diese Beweisführung im engeren Sinne erstrebt die begründete Annahme des Richters, d.h. eines solchen Grades von Wahrscheinlichkeit, daß kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt. <sup>1)</sup>

Anstelle der Beweisführung tritt die Glaubhaftmachung (§§ 936, 920 Abs. 2 ZPO), die die Begründung eines geringeren Grades von Wahrscheinlichkeit erstrebt. <sup>2)</sup> Zweifelhaft ist aber, ob und gegebenenfalls, wie die allgemeinen Grundsätze über die Behauptungs- und Beweislast auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung finden.

Brändel <sup>3)</sup> ist der Auffassung, der Antragsteller müsse sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen behaupten und glaubhaft machen, und zwar auch die Tatsachen, für die er im ordentlichen Prozeß nicht behauptungs- und beweispflichtig wäre. Da die für den Hauptprozeß geltenden Regeln über die Verteilung der Behauptungs- und Beweislast nicht auf das summarische Verfahren übertragen werden könnten, <sup>4)</sup> müsse der Arbeitgeber, der z.B. seinen Unterlassungsanspruch auf § 823 Abs. 1 BGB stütze, im Schnellverfahren nicht nur den Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb, sondern auch die soziale Inadaquanz dieses Eingriffs behaupten und glaubhaft machen. <sup>5)</sup>

Heckelmann <sup>6)</sup> erkennt hingegen hinsichtlich der Beweissituation keine Besonderheiten für das Verfahren der einstweiligen Verfügung an. Durch die Konstruktion

Fortsetzung der Fn. 5) von S. 121:

Regelung nicht notwendig erscheint und sonstige Sachurteilsvoraussetzungen nicht fehlen.

vgl. dazu Pohle (Festschrift für Lent) S. 233 f

Dies wäre ein Fall, in dem auch das Rechtsschutzbedürfnis verneint werden müßte, weil der Anspruch sachlich-rechtlich nicht begründet ist.

vgl. BGH v. 26. 2. 1960, GRUR 1960, 384 (386);

Baumbach-Lauterbach, Grundz. vor § 253 Anm. 5 A

1) Rosenberg (9. Aufl.), S. 538; Rosenberg-Schwab, S. 559

2) vgl. Rosenberg-Schwab, S. 560; Bruns, S. 267

3) S. 88

4) Brändel, S. 87

5) Brändel, S. 89

6) AuR 1970, 173 Fußn. 115

der §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB als "offener" Tatbestände müsse der Arbeitgeber ohnehin alle materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen dartun. <sup>1)</sup>

Die Beantwortung der Fragen, ob die Rechtswidrigkeit indiziert oder positiv festzustellen ist und ob die Sozialadäquanz Rechtfertigungsgrund ist oder "von vornherein" die Rechtswidrigkeit ausschließt, kann aber das Problem der Behauptungs- und Beweislast in der Praxis nicht lösen. Im Ergebnis ist der Auffassung Heckelmanns zuzustimmen. Indikation und Beweislast sind grundsätzlich voneinander unabhängig. <sup>2)</sup> Die Beweislast betrifft den Bereich der für das Urteil maßgeblichen Tatsachen, die Rechtswidrigkeit aber ihre Bewertung durch die Rechtsordnung.

Bei Tatsachen, die als Rechtfertigungsgründe wirken, mag es sich meist um Einwendungen des Beklagten bzw. des Antragstellers handeln, aber nicht deshalb, weil sie "Rechtfertigungsgründe" sind, sondern weil die Fassung und Auslegung des anzuwendenden Gesetzes diese prozessuale Bedeutung nahelegt. Ein Festhalten an der Rechtswidrigkeitsindikation, nur weil eine bestimmte Beweislastregelung richtig erscheint, und umgekehrt, das Erfordernis positiver Rechtswidrigkeitsfeststellung muß keinesfalls die Frage präjudizieren, welche Prozeßpartei die für die Rechtswidrigkeit erheblichen Tatsachen zu behaupten oder zu beweisen hat, ist also nicht notwendig. <sup>3)</sup>

Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsgesetz ist Bestandteil des arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens. Im Unterschied zum arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahren (§§ 80 - 100 ArbGG) stehen sich hier zwei "echte" "Prozeß"parteien gegenüber. Bezüglich der allgemeinen Grundsätze beruht das arbeitsgerichtliche Urteilsverfahren auf den gleichen Prozeßmaximen wie das ordentliche Verfahren. Das bedeutet, daß der Prozeßablauf von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird. Es ist also Sache der Parteien, dem Gericht den Streitstoff vorzutragen. Es gelten die Grundsätze des Zivilprozesses über die Behauptungs- und Beweislast. <sup>4)</sup>

---

1) Heckelmann, AuR 1970, 173

2) Bedenklich ist die Vermengung von Beweislast und Indizierung bei Baumann (MDR 1957, 647);  
dagegen zutreffend Nipperdey (NJW 1957, 1782, Fußn. 31)

3) vgl. Münzberg, S. 331 Fußn. 661;  
vgl. Brändel, S. 87

4) Auffarth-Schönherr, ArbGG § 80 Anm. 4;  
Dersch-Volkmar, ArbGG § 46 Rdn. 5;  
Dietz-Nikisch, ArbGG § 46 Rdn. 12;  
Bauer, S. 12 ff;

Diese lassen sich kurz wie folgt zusammenfassen:

Für Prozeßvoraussetzungen hat regelmäßig der Kläger die Behauptungs- und Beweislast.

Die Partei, die das Bestehen eines Rechts behauptet, in der Regel der Kläger, hat die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, an welche das bürgerliche Recht die Entstehung des Rechts knüpft, d. h. die rechtsbegründenden und Entstehungstatsachen, also bei einem Anspruch aus Vertrag den Abschluß des Vertrages, bei einem Deliktsanspruch die Handlung und das Verschulden des Gegners.

Der Gegner hat den Wegfall des Rechts dazulegen und zu beweisen.

Die Beweislast für die Tatsachen, die man im bürgerlichen Recht als Einwendungen und Einreden bezeichnet (die rechtshindernden Tatsachen) liegt unabhängig von der Parteistellung als Kläger oder Beklagter bei der Partei, die sich auf sie beruft.<sup>1)</sup> Diese Grundsätze gelten ebenso auch im summarischen Verfahren, das der vorläufigen Sicherung dient, wenn auch in der für dieses Verfahren modifizierten Art der Beweisführung.<sup>2)</sup>

Nach der prozeßrechtlichen Beweislastnorm trägt also - schlagwortartig zusammengefaßt - jede Partei die Beweislast, im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Behauptungslast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm.<sup>3)</sup> Mit der Ansicht Heckelmanns besteht damit Übereinstimmung, da auch bei offenen Tatbeständen die Darlegungslast bezüglich anspruchsbegründender Tatsachen die Widerrechtlichkeit erfassen müßte.<sup>4)</sup>

657

### Der Verfügungsgrund

Der Antragsteller muß also den Verfügungsgrund darlegen, d. h. alle ihm günstigen Tatsachen dartun, wenn er eine positive Entscheidung erzielen will.

Fortsetzung der Fn. 4) von S. 123:

Bitzer, S. 172 f;

Kaskel, S. 28 f

1) vgl. Lent-Jauernig, S. 156 f;

Grunsky, S. 371

2) Bitzer, S. 172;

vgl. Heckelmann, AuR 1970, 173 Fußn. 115

3) Rosenberg, S. 585;

Lent-Jauernig, S. 156

4) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 173

6571

Der "wesentliche Nachteil" beim Arbeitskampf

Auf die besondere Notsituation des Antragstellers verweist gerade § 940 ZPO, wenn er einstweilige Zustandsregelungen zuläßt, die zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen notwendig erscheinen. Da der Betrieb des Arbeitgebers beim Ausbruch eines Arbeitskampfes oder kollektiver Kampfmaßnahmen Produktionsausfälle erleiden kann, ist ein solcher Nachteil nach dem Urteil eines verständigen, ruhigen Mannes stets zu besorgen, 1) gleichgültig ob die Maßnahmen bereits ergriffen worden sind oder ob sie erst unmittelbar bevorstehen. 2)

Da Kampfmaßnahmen, die einen Zustand aufrechterhalten oder fördern, den erst eine Störung herbeiführenden gleichzusetzen sind, wäre zur Unterbindung eines bereits ausgebrochenen Streiks erforderlich, daß durch die Fortsetzung des Arbeitskampfes oder von Kampfmaßnahmen dem Arbeitgeber ein weiterer erheblicher Schaden droht. Bei Demonstrations-, Warn- oder Sympathiestreiks von kurzer Dauer wird der zu erwartende Schaden wohl selten einen wesentlichen Nachteil darstellen, der dem Unternehmer zu tragen unzumutbar ist. Daher ist die Untersagung eines angekündigten einstündigen Demonstrationsstreiks durch eine einstweilige Verfügung sicherlich unzulässig. Insoweit geht Hessels Auffassung, 3) man werde die wesentlichen Nachteile beim drohenden Streik immer beheben können, fehl.

Heckelmann 4) und Faupel 5) vertreten die einschränkende Ansicht, die wesentlichen Nachteile und damit der Verfügungsgrund seien erst dann gegeben, wenn durch den Streik das bestreikte Unternehmen in ernste Schwierigkeiten gerät, die mit einer Existenzgefahr gleichzusetzen sind.

6572

Schadenshöhe, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und existentielle Not als Beurteilungsmaßstäbe

Voraussetzung und Beurteilungsmaßstab für den Begriff des wesentlichen Nachteils könnte die voraussichtliche Schadenshöhe sein.

---

1) RGZ 67, 365 (369); vgl. Stern, S. 96

2) vgl. Brändel, S. 70 ff

3) vgl. Hessel, DB 1967, 2071

4) Heckelmann, AuR 1970, 177

5) Faupel, DB 1971, 868

Durch einen langen Streik kann der Unternehmer große Teile seines Kundestammes verlieren und somit zu Massenentlassungen gezwungen sein. Wann ein "wesentlicher Nachteil" des Antragstellers vorliegt, entzieht sich naturgemäß abstrakter Bestimmung. Die bloße Möglichkeit eines Nachteils genügt jedenfalls nicht. 1) Die drohende Schadenshöhe vor Ausbruch eines Arbeitskampfes, die nicht meßbar ist, da Einigung oder Kampfeslänge kaum abschätzbar sind, ist kein sicheres Kriterium für die Notwendigkeit einer einstweiligen Verfügung. Sonst würden wirtschaftliche Erwägungen, Billigkeitserwägungen an die Stelle von klaren Rechtskriterien treten. Wo soll hier das richterliche Ermessen die Grenze ziehen? Ist die wirtschaftliche Potenz, die Hartnäckigkeit eines Arbeitgebers oder einer Gewerkschaft, die Nichtbereitschaft zum Einlenken durch eine Seite ebenfalls bei der Höhe der Erheblichkeit zu berücksichtigen?

Diese Erwägungen verdeutlichen, daß die Erheblichkeit des Schadens allein kein Kriterium für den Erlaß der einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf sein kann. Auch bei der befriedigenden Leistungsverfügung ist die Schadenshöhe vielmehr im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu sehen. Da das Gericht nur insoweit in die Rechtsgüter des Antragsgegners eingreifen darf, als dies notwendig ist, unterliegen die einstweiligen Anordnungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des angewandten Mittels. 2)

Dieser allgemeine rechtsstaatliche Grundsatz gilt überall, wo ein Hoheitsträger in die Rechtssphäre des einzelnen eingreift. 3) Er muß besonders auf dem Gebiet des einstweiligen Rechtsschutzes beachtet werden, wo die Jurisdiktion ohne eine exakte Klärung des Sachverhaltes dem Antragsteller die ganze staatliche Macht zur Verfügung stellt.

Für die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf bedeutet das, daß selbst, wenn die Voraussetzungen eines Unterlassungsanspruches gegenüber einem rechtswidrigen Arbeitskampf glaubhaft gemacht sind, nicht eo ipso ein vollständiges Arbeitskampferbot in Betracht kommt.

Die Erfüllung des Anspruchs ist vielmehr nur in dem Maße zu verwirklichen, wie es die besondere Notlage des Antragstellers gebietet. Die Befriedigungswirkung darf aber nur ausnahmsweise den vollen Umfang des glaubhaft gemachten Anspruchs erreichen.

---

1) vgl. Brändel, S. 104; Heckelmann, AuR 1970, 177

2) vgl. dazu Ortmann, S. 35 f; Faupel, DB 1971, 823; vgl. auch Zeuner, RdA 1971, 7

3) nicht nur im Polizei- und Verfassungsrecht; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20 GG Rdn. 114 f

Als Verfügungsgrund einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf ist somit einschränkend die existentielle Not, die Existenzvernichtung, <sup>1)</sup> der Ruin des Antragstellers <sup>2)</sup> durch den Arbeitskampf anzusehen. Diese allein sind imstande, die "endgültige" befriedigende Regelung zu rechtfertigen. <sup>3)</sup>

Die Tatsache der existentiellen Not, der Existenzvernichtung, des Ruins des Antragstellers wird von dem Gericht nur einer summarischen Prüfung unterzogen. Es hat zu prüfen, ob ein gewisses Maß an Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß in tatsächlicher Hinsicht die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Maßnahme gegeben sind. Stütze dafür sind die Einlassungen des Antragstellers. Das ergibt sich aus §§ 920, 936, 294 ZPO.

Die vorläufige Prüfung der Gerichte, auch wenn sie ohne ausreichendes Gehör der Gegenseite erfolgt, braucht sich doch nicht auf das Vorliegen aller möglichen Rechtfertigungsgründe als negativer Tatbestandsmerkmale zu erstrecken. <sup>4)</sup>

Aus dem Zusammenhang der hier vertretenen Ansicht zu den materiellen Anspruchsvoraussetzungen, der materiellen Schlüssigkeitsprüfung und der prozessualen Behauptungslast ergibt sich, daß die Darlegung und Glaubhaftmachung des Antragstellers im Bezug auf die positiven Voraussetzungen des Anspruchs genügen, um sein Rechtsschutzbegehren zu begründen. <sup>5)</sup>

Durch diese Beschränkung muß auch nicht "zwangsläufig der Arbeitgeberseite ein unaufholbarer Vorteil" entstehen. <sup>6)</sup> Der Vorteil des einstweiligen Verfügungsverfahrens besteht zwar darin, daß das Gericht eine vorläufige Entscheidung fällen kann, bevor es allen vorhandenen Beweismitteln nachgegangen ist, aber auch in diesem Verfahren geht die Beweislosigkeit auf Kosten des Antragstellers. Insofern hat der vorläufig rechtsschutzbegehrende Arbeitgeber nicht nur das materiellrechtliche (§ 945 ZPO), sondern auch das prozessuale Risiko zu tragen. <sup>7)</sup>

---

1) Zeuner, RdA 1971, 7

2) Reuss, AuR 1971, 268

3) vgl. Faupel, DB 1971, 870;  
Heckelmann, AuR 1970, 177

4) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 46

5) vgl. aber Brändel, S. 88, der wohl die Behauptungslast des Antragstellers generell gegenüber dem Hauptverfahren im einstweiligen Verfügungsverfahren auch auf die Darlegung des Fehlens rechtshindernder, rechtsvernichtender oder rechtshemmender Tatsachen ausgedehnt wissen möchte.

6) so aber Hoffmann, AuR 1968, 46

7) vgl. Brändel, S. 88 f

Die Glaubhaftmachung

Der Antragsteller hat seine Darlegungen glaubhaft zu machen. Die Glaubhaftmachung erfolgt nach § 294 ZPO durch eidesstattliche Versicherung. Diese ist äußerst vorsichtig zu werten. 1) Problematisch ist insbesondere die vom Antragsteller selbst verfaßte eidesstattliche Versicherung. Besondere Vorsicht ist geboten, wenn der Antragsteller Tatsachen versichert, die in seinem eigenen subjektiven oder im subjektiven Bereich des Antragsgegners liegen. 2)

An die Glaubhaftmachung sind strenge Anforderungen zu stellen. 3) Nur durch eine strenge Prüfung, ob der Antragsteller jede Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung glaubhaft gemacht hat, kann die Gefahr von Fehlentscheidungen vermindert werden.

Daß eine einstweilige Verfügung aufgrund bloßer Glaubhaftmachung ergeht, stellt sicherlich eine Gefahr für die Richtigkeit der richterlichen Entscheidung dar. Ein prinzipielles Argument gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf kann daraus aber nicht hergeleitet werden. Denn auch allen anderen Rechtsgebieten, in denen es ein beschleunigtes Verfahren gibt, stellt sich die gleiche Gefahr der Glaubhaftmachung für die Richtigkeit der Entscheidung.

Da man mit dem besonderen Gefahrenargument nicht contra legem das gesamte Institut des vorläufigen Rechtsschutzes abschaffen kann, muß mit gesetzlichen Mitteln im Wege der restriktiven Auslegung die Anwendung der einstweiligen Verfügung auch auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts eingeengt werden. Bei mangelhafter Glaubhaftmachung könnte aber zu prüfen sein, ob dem Antrag nicht wenigstens gegen Sicherheitsleistung stattzugeben ist. 4)

Sicherheitsleistung statt Glaubhaftmachung

Zweifelhaft ist, inwieweit der Antragsteller die erforderlichen Darlegungen durch Erbieten von Sicherheitsleistung ersetzen kann. Wieczorek 5) meint, die Darlegung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund könnten in keinem Falle durch Sicherheitsleistung ersetzt werden.

- 1) Baumbach-Lauterbach, § 920 Anm. 2
- 2) vgl. Faupel, DB 1971, 820
- 3) Brändel, S. 89; Blomeyer, S. 664; Baur, S. 90 f;  
BB 1964, 607 (608); Schönke-Baur, S. 220;  
Heckelmann, AuR 1970, 170
- 4) LAG Altona v. 20. 8. 1927, ArbRspr 1927, 11
- 5) § 920 Anm. B I c 1

Richtig erscheint die differenzierende Ansicht Brändels, 1) daß sich die Arbeitsgerichte in der Regel nicht mit einer Sicherheitsleistung an Stelle der Glaubhaftmachung begnügen sollten. Diese Erwägung findet in § 921 Abs. 2 Satz 1 ZPO ihre gesetzliche Stütze.

Die mangelnde Schlüssigkeit der vorgebrachten Gründe kann niemals durch Sicherheitsleistung ersetzt werden. 2)

Ausreichend ist die Sicherheitsleistung nur in den Fällen, in denen Schadenseintritt, Schadensverlauf und Schadenshöhe beim Antragsgegner dem Gericht bestimmbar erscheinen. Nur in diesen Fällen kann die Höhe der Sicherheitsleistung richtig festgesetzt werden. Kaum jemals ist es aber beim Drohen oder Ausbruch eines Arbeitskampfes möglich, auch nur annähernd den Verlauf abzusehen und die durch ihn entstehenden Schäden zu bestimmen. Weder Länge und Umfang noch Schadenshöhe sind in der Regel in diesem Zeitpunkt bereits abschätzbar. Eine detaillierte Berechnung erscheint somit tatsächlich unmöglich.

Die Leistung von Sicherheit statt Glaubhaftmachung ist somit im Arbeitskampf sowohl als unpraktikabel als auch dem Gedanken der Rechtssicherheit des Antragsgegners widersprechend anzusehen.

Dem Antragsgegner nützt es auch wenig, wenn er sich später bei der Geltendmachung des Ersatzanspruches nach § 945 ZPO wegen der Unterlassung von Kampfmaßnahmen unüberwindlichen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Schadenshöhe gegenüber sieht. 3)

6575

#### Die "Konkurrenz"-Argumentation Hoffmanns

Hoffmann 4) wendet sich gegen die einstweilige Verfügung mit dem Argument, es fehle an dem erforderlichen "Verfügungsgrund", wenn eine offenbare Polizeiwidrigkeit mit Sicherheit durch eine Polizeiverfügung abgestellt werde oder private Selbsthilfe zugelassen sei. In diesen Fällen stehe in der Rechtsordnung ein gleichwertiges Mittel zur Verfügung und das "Bedürfnis" nach einer allgemeinen Regelung werde dadurch in besonderer Weise befriedigt.

---

1) S. 90

2) Dersch-Volkmar, ArbGG § 62 Rdn. 102

3) Brändel, S. 90, 47 ff; vgl. dazu die Argumentation Heckelmanns, AuR 1970, 176; vgl. weiterhin Stein-Jonas, § 922 Anm. III 2 m. w. Hinweisen auf die Rechtsprechung

4) AuR 1968, 40 ff

Eine einstweilige Verfügung kann aber durch eine Polizeiverfügung nur dann verdrängt werden, wenn dieser Weg ebenso sicher, billig und rasch ist. 2)

Besser wäre die Formulierung, eine einstweilige Verfügung sei schon dann notwendig, wenn ein anderer Weg eindeutig und erheblich <sup>3)</sup> schwieriger, zeitraubender und unsicherer ist. 4)

Die §§ 917, 918, 935, 940 ZPO stellen eindeutig zwingend ganz eng umgrenzte Erfordernisse für das Rechtsschutzbedürfnis auf. Diese sind umsomehr zu beachten, weil sie Voraussetzung eines beschleunigten, summarischen Verfahrens sind, das nur durch das im Einzelfall wirklich gegebene Rechtsschutzbedürfnis gerechtfertigt ist.

Bei Berücksichtigung der polizeirechtlichen Ansprüche hängt der Erlass der einstweiligen Verfügung nicht vom Belieben des Richters ab, sondern von der pflichtgemäßen Prüfung, ob etwa eine konkurrierende polizeiliche Maßnahme die einstweilige Verfügung entbehrlich macht. Ebenso steht dem nicht die bei der einstweiligen Verfügung gebotene Eile entgegen. Denn Schnelligkeit darf nicht zur Flüchtigkeit führen. 5)

Der Richter könnte den Antrag auf eine einstweilige Verfügung unter dem Hinweis auf das OBG bzw. PVG zurückweisen, wenn er begründeten Anlaß hat, daß die Polizei auch wirklich einschreitet und sofort vorläufig vollstrecken wird. Sonst würde dem Antragsteller die Möglichkeit schneller staatlicher Hilfe überhaupt abgeschnitten.

- 
- 1) Die Konkurrenzproblematik der Polizeiverfügung zur einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf soll diesem besonderen Teilaspekt entsprechend getrennt von der Prüfung des polizeilichen Charakters der einstweiligen Verfügung (S. 39) und der Möglichkeit des Eingriffs der Polizei bei verfassungsgefährdenden Arbeitskämpfen in lebenswichtigen Betrieben und Berufszweigen (S. 94) abgehandelt werden.
  - 2) vgl. Baumbach-Lauterbach § 940 ZPO Anm. 2 B
  - 3) Pohle (Festschrift für Lent) S. 195 (223)
  - 4) Der BGH (v. 26. 2. 1960) GRUR 1960, 384 (386) verneint das Rechtsschutzbedürfnis für Klagen aller Art dann, wenn der Kläger das von ihm erstrebte Ziel auf einem einfacheren Weg erreichen kann.
  - 5) vgl. Neumann, ZZP 59, 321 f (372)

Neumann <sup>1)</sup> meint, erst dann, wenn der Richter von vornherein wisse, daß die Polizei handeln wird, dürfe er den Rechtssuchenden auf diesen Weg verweisen.

657512

### Eigene Stellungnahme

Unter der Herrschaft des Opportunitätsgrundsatzes <sup>2)</sup> für das polizeiliche Eingreifen wird für den Arbeitsrichter stets ungewiß sein, ob die Polizei in ein Arbeitskampfgeschehen eingreifen wird. Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit stehen kaum jemals beim Arbeitskampf glasklar so vor Augen, daß das Ermessen der Polizei so reduziert wird, daß ein Einschreiten zwingend geboten erscheint. <sup>3)</sup> Auch die Wirklichkeit spricht für diese Argumentation, da selbst in den offensichtlich "wilden, also rechtswidrigen" Streiks des Jahres 1969 weder aus dem Gesichtspunkt des Individualgüterschutzes <sup>4)</sup> noch des Schutzes von öffentlicher Sicherheit ein polizeiliches Eingreifen geboten erschien. Für den in seinen Rechten bedrohten Arbeitgeber ist es also beim Erlaß einer einstweiligen Verfügung ungewiß, ob die Polizei wirklich eingreifen wird. <sup>5)</sup>

Wegen dieser Zweifel an einem polizeilichen Eingreifen besteht für den Arbeitgeber ein "allgemeines" Rechtsschutzbedürfnis für den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

65752

### Problematik der Selbsthilfe

Zweifelhaft ist, ob das Rechtsschutzbedürfnis bzw. die Notwendigkeit der Regelung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung dann entfällt, wenn dem Arbeitgeber Selbsthilfe möglich ist.

---

1) Neumann, ZZP 59, 373

2) BGH Verw. Rechtsp. 5, 319, 321, 832;  
Ule-Rasch, PVG § 14 Rdn. 59

3) BVerwG E 11, 97

4) Martens, JuS 62, 249

5) Man sieht sich fast genötigt, von der Gewißheit des Gegenteils zu sprechen.

Brändel meint, die Notwendigkeit einer gerichtlichen Regelung fehle, solange der angegriffene Teil es in der Hand hat, den Kampfzustand durch eigene Abwehrmaßnahmen zu beenden. So könne ein bestreikter Arbeitgeber im Wege der Abwehraussperrung den durch den Arbeitskampf geschaffenen Zustand durch Selbsthilfe lösen. 1) Da die Rechtsordnung den Sozialpartnern im Arbeitskampf weitgehend Selbsthilfe mit gleichen Waffen gestatte, müsse man von dem angegriffenen Teil auch verlangen, daß er mit eigenen Mitteln eine Regelung versuche.

Danach wird eine gerichtliche vorläufige Regelung erst dann notwendig, wenn die Selbsthilfemittel versagen, oder - wie Brändel 2) sagt -, wenn feststeht, daß sie zu nichts führen würden.

Diese Verweisung des Antragstellers einer einstweiligen Verfügung auf den Weg der privaten Selbsthilfe 3) geht fehl. Die sog. Waffengleichheit der Sozialpartner soll lediglich eine Kampfparität herbeiführen. Dem Kampfmittel des Streiks soll als Äquivalent die Abwehraussperrung gegenüberstehen.

Die Zulässigkeit der Abwehraussperrung setzt kein tarifwidriges Verhalten der Gegenpartei voraus. Verletzt die Gewerkschaft die Friedenspflicht, so kann der Arbeitgeber Abwehrkampfmaßnahmen ergreifen. Eine Abwehraussperrung ist daher rechtmäßig, da durch sie ein Verstoß gegen die Friedenspflicht nicht vorliegt. 4)

Mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Waffengleichheit und der Möglichkeit der Abwehraussperrung als zulässigem Arbeitskampfmittel kann dem Arbeitgeber aber nicht jeder staatliche Rechtsschutz versagt werden. Andernfalls würde die Rechtsordnung jedes rechtswidrige Arbeitskampfgeschehen sanktionieren bzw. zwangsläufig herbeiführen.

Nicht erst, wenn der Arbeitgeber mit der Abwehraussperrung allein keinen Erfolg hat, weil z. B. die Gewerkschaft ihre Mitglieder durch Streikgelder unterstützt,

---

1) Brändel, S. 81

2) S. 81

3) vgl. Hoffmann, AuR 1968, 40 ff

4) vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 321

hat der Arbeitgeber Interesse an einer einstweiligen Verfügung, die der Gewerkschaft die Unterstützung der Streikenden verbietet.

Die privaten Selbsthilferechte, die unser Rechtssystem kennt, kommen erst dann in Betracht, wenn staatliche Hilfe nicht oder nicht rechtzeitig zu erreichen ist. Ein Rechtsschutzsuchender, der gerade im Vertrauen auf die staatlichen Machtmittel den Richter um vorläufigen Rechtsschutz wegen der Gefährdung seiner Rechte angeht, darf doch gerade nicht unter der Herrschaft des Rechtsstaatsprinzips des Art. 20 GG auf seine eigenen privaten, schwächeren Faustrechte verwiesen werden.

Mit dem Hinweis auf die Selbsthilfe kann weder das Rechtsschutzbedürfnis noch die Notwendigkeit für einen vorläufigen staatlichen Rechtsschutz verneint werden. Darüber hinaus erscheint gerade beim Arbeitskampf eine wirksame Selbsthilfe des Arbeitgebers gegenüber rechtswidrigen Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer kaum denkbar. <sup>1)</sup>

658

#### Die "Dringlichkeit" einer einstweiligen Regelung

Da gemäß § 937 Abs. 2 ZPO auch die mündliche Verhandlung unterbleiben kann, ist es möglich, dem Antragsgegner auch noch das rechtliche Gehör abzuschneiden. Jeder drohende bzw. laufende Streik könnte daher mit legaler Einfachheit durch eine einstweilige Verfügung aufgrund bloßer Glaubhaftmachung gestoppt werden.

Die Garantie der Streikfreiheit muß dazu führen, daß vor dem Ergehen einer einstweiligen Verfügung ohne Anhörung der beteiligten Streikpartei die Frage der Dringlichkeit im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO mit der größten Sorgfalt geprüft wird. Es muß dabei beachtet werden, daß eine solche Anordnung eine doppelte Gefährdung der Rechtsstellung des Gegners mit sich bringt, da einmal nur eine Glaubhaftmachung und kein voller Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen verlangt wird und zum anderen der Gegner nicht einmal in der Lage ist, zu dem Vorbringen seinerseits Stellung zu nehmen.

Um dieser Gefahr zu begegnen, sollte eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung und ohne Anhörung der Gegenseite in jedem Fall entsprechend dem vom Gesetz ganz allgemein festgelegten Regel- und Ausnahmeverhältnis (vgl. § 922 und § 937 Abs. 2 ZPO) hinsichtlich der Erforderlichkeit einer mündlichen

---

1) Auch Heckelmann (AuR 1970, 177) hält die Abwehraussperrung zur Beseitigung von existenzgefährdenden Kampfmaßnahmen für ungeeignet.

Verhandlung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes auf ganz seltene Sonderfälle beschränkt bleiben. <sup>1)</sup> Soweit möglich, sollte die Entscheidung des Vorsitzenden allein gemäß § 944 ZPO vermieden werden. <sup>2)</sup> Die Dringlichkeit im Arbeitskampf ist also nur dann zu bejahen, wenn auch bei entsprechender Verkürzung der Ladungsfrist eine Entscheidung nach mündlicher Verhandlung zu keinem ausreichenden Schutz des Antragstellers führen würde. <sup>3)</sup> Da wegen der Dauer des gewerkschaftlichen Willensbildungsprozesses sich das Drohen des Arbeitskampfes meistens schon früh abzeichnen wird, wird in diesem Fall der Arbeitgeberseite eine Entscheidung nach mündlicher Verhandlung zumutbar sein.

66 Voraussetzungen des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Gewerkschaft bei drohendem Streik

661 Bei vertraglichen Ansprüchen

Innerhalb der vertraglichen Ansprüche gegen die rechtswidrig streikende bzw. einen rechtswidrigen Arbeitskampf einleitende Gewerkschaft können sowohl Ansprüche auf Unterlassung friedensstörender Kampfmaßnahmen als auch Ansprüche auf Vornahme friedensfördernder Handlungen durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden. <sup>4)</sup> Anspruchsgrundlagen des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft können sowohl Verletzungen des Tarifvertrages <sup>5)</sup> oder der Schlichtungsvereinbarungen durch die einen Streik anstrebende bzw. streikführende Gewerkschaft sein.

- 
- 1) vgl. Faupel, DB 1971, 820;  
Zeuner, RdA 1971, 8;  
noch schärfer Reuss (Festschrift C. Heymann, S. 268), der eine einstweilige Verfügung beim Arbeitskampf ausnahmslos nur nach mündlicher Verhandlung zulassen will.
  - 2) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 176;  
Zeuner, RdA 1971, 8
  - 3) vgl. Koebel, NJW 1967, 321 (324);  
vgl. die grundsätzlichen Bedenken Hessels, DB 1967, 2072;  
Heckelmann, AuR 1970, 176
  - 4) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 171 f;  
vgl. Dietz-Nikisch, ArbGG § 62 Rdn. 37
  - 5) vgl. Baur, BB 1964, 53

Der Arbeitgeber müßte als Antragsteller der einstweiligen Verfügung zunächst Abschluß und Inhalt der Gesamtvereinbarung darlegen. <sup>1)</sup> Bei einem Unterlassungsanspruch wäre weiterhin glaubhaft zu machen, daß die den Arbeitskampf führende oder einleitende Gewerkschaft ihre vertragliche Unterlassungspflicht ihm gegenüber nicht erfüllt hat. <sup>2)</sup>

Zwar hat grundsätzlich der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu beweisen. Diese Regel kann aber bei Unterlassungspflichten nicht gelten. Dem Schuldner kann nicht zugemutet werden, zu beweisen, daß er der Unterlassungspflicht jederzeit nachgekommen ist. Viel näher liegt es, daß der Gläubiger den Verstoß gegen das Unterlassungsgebot darlegt. <sup>3)</sup>

Ein Anspruch auf Vornahme friedensfördernder Maßnahmen kann erst entstehen, wenn der Arbeitsfriede bereits durch Kampfmaßnahmen des Gegners oder seiner Mitglieder gestört ist.

Der Antragsteller müßte außer dieser Voraussetzung weiterhin vortragen, daß der Gegner nach dem Inhalt der Gesamtvereinbarung zu einer Einwirkung verpflichtet ist. <sup>4)</sup>

Auch die besondere Gefährdung, die § 940 ZPO erfordert, wäre darzulegen.

Zur vorläufigen Sicherung einer vorbeugenden Unterlassungsklage ist jedoch ausreichend, wenn der Antragsteller vorträgt, eine Verletzung der Unterlassungspflicht stehe unmittelbar bevor. <sup>5)</sup>

Zur Sicherung durch eine einstweilige Verfügung kommen alle Unterlassungsansprüche in Betracht, die dem Arbeitgeber aus dem Recht der unerlaubten Handlungen und dem StGB ein Schutzrecht gegenüber einem rechtswidrigen Arbeits-

---

1) vgl. Lent-Jauernig, S. 156 f

2) vgl. dazu Brändel, S. 84 mit Fußn. 1;  
Rosenberg (Beweislast), S. 334, 347

3) Brändel, S. 84 Fußn. 1;  
Rosenberg (Beweislast), S. 334, 347

4) vgl. Lent-Jauernig, S. 156 f

5) vgl. dazu RGZ 48, 114; 60, 6; 61, 366; 101, 339; 116, 155; 166, 156;  
vgl. Brändel, S. 84;  
Brox-Rüthers, S. 162

kampf oder solchen Kampfmaßnahmen der streikführenden Gewerkschaften selbst gewähren. <sup>1)</sup>

Der Arbeitgeber, der einen Antrag nach §§ 940, 936, 920 ZPO stellt, hätte hier nicht nur die Tatbestandsmäßigkeit der Verletzungshandlung, sondern auch die Gründe für deren Rechtswidrigkeit und die besondere Gefährdung i. S. des § 940 ZPO darzutun.

### Vollziehung und Vollstreckung

Auf die Vollziehung der einstweiligen Verfügungen sind die Vorschriften der ZPO gemäß §§ 936, 928 ZPO, 62 Abs. 2 ArbGG entsprechend anwendbar. <sup>2)</sup>

Obwohl somit nach dem Wortlaut des § 928 ZPO die Vollziehung der Vollstreckung "gleichbedeutend" wäre, <sup>3)</sup> ist dennoch zwischen dem Vollzug einerseits und der Vollstreckung der einstweiligen Verfügung andererseits zu unterscheiden. <sup>4)</sup>

### Vollziehung

Die einstweilige Verfügung ist ohne weiteres vollziehbar. <sup>5)</sup> Sie braucht nicht erst für vorläufig vollstreckbar erklärt zu werden. <sup>6)</sup> Für die Vollziehung genügt bei einstweiligen Verfügungen gebietender oder verbotender Natur die Zustellung an den Schuldner. <sup>7)</sup>

- 
- 1) vgl. Nikisch II, S. 193;  
Siebrecht, S. 67 f;  
Brox-Rüthers, S. 295  
Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1049 f
  - 2) Thomas-Putzo, § 928 Anm. 1
  - 3) vgl. Brändel, S. 112
  - 4) Das ergibt sich aus § 929 III ZPO bei Unterlassungsgeboten;  
vgl. Baumbach-Lauterbach, Grundz. § 916 Anm. 4 A;  
Brändel, S. 112 ff
  - 5) vgl. Baumbach-Lauterbach, § 929 Anm. 1 I
  - 6) Stein-Jonas, § 929 Anm. 1;  
Baumbach-Lauterbach, § 929 Anm. 1 I;  
Brändel, S. 112
  - 7) vgl. Schönke-Baur, S. 224;  
Rosenberg (9. Aufl.), S. 1111 ff;  
zu der Vollziehung ausführlich Brändel, S. 112 ff;

Da die im Arbeitskampf zu treffenden einstweiligen Anordnungen Handlungsgebote oder -verbote an die gegnerische Arbeitskampfpartei enthalten, finden die §§ 887 - 890 ZPO Anwendung. 1) Zuständig für die Zwangsvollstreckung ist das Prozeßgericht des ersten Rechtszuges in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, das Arbeitsgericht. Das gilt auch in den Fällen, in denen das Amtsgericht die einstweilige Verfügung gemäß § 942 ZPO erlassen hat. Diese Ausnahmeregelung über die Zuständigkeit für eine einstweilige Regelung in dringenden Fällen ist aber nicht geeignet, dem Amtsgericht die Zuständigkeit des Prozeßgerichts i. S. der §§ 887 ff ZPO zu verleihen.

Da es sich bei den der Gewerkschaft gebotenen Handlungen meist um unververtretbare Handlungen handelt, richtet sich die Vollstreckung nach § 888 ZPO. 2) Eine Vollstreckung ist gemäß § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO also nur dann möglich, wenn die der Gewerkschaft gebotene Handlung ausschließlich von deren Willensentschluß als Verband abhängig ist. Andernfalls darf der Beugezwang nicht ausgeübt werden.

So wäre eine Anordnung an die Gewerkschaft mit dem Inhalt, "den Arbeitskampf zu beenden", nicht vollstreckbar, da die tatsächliche Beendigung der Kampfmaßnahmen auch vom Willen der streikenden Gewerkschaftsmitglieder abhängig ist. 3)

Der Arbeitgeber könnte aber von der Gewerkschaft verlangen, daß sie dergestalt auf ihre streikenden Mitglieder einwirkt. Diese "Erfüllungsklage" könnte auch konkret die Mittel 4) bezeichnen, mit denen die Gewerkschaft auf ihre Mitglieder einwirken soll. Dieser Anspruch kann vorläufig gemäß § 940 ZPO gesichert werden. 5)

- 
- 1) Baumbach-Lauterbach, § 942 Anm. 1 ZPO;  
Rosenberg (9. Aufl.), S. 1112
  - 2) vgl. Hueck-Nipperdey II, S. 514 ff;  
Brändel, S. 115;  
Heckelmann, AuR 1970, 178
  - 3) so zu Recht Brändel, S. 116
  - 4) dazu Hueck-Nipperdey, S. 517 ff
  - 5) vgl. ArbG Bremerhaven v. 8.9.1955, BB 1955, 865;  
ArbG Lüneburg v. 14.9.1955, BB 1955, 897;  
LAG Hannover v. 21.10.1955, BB 1955, 1139

Die Vollstreckung erfolgt nach § 888 ZPO; allerdings ist § 61 Abs. 4 ArbGG zu beachten.

Verstößt die Gewerkschaft gegen ein Unterlassungsgebot, so erfolgt die Vollstreckung nach § 890 ZPO. 1)

68 Einstweiliger Rechtsschutz gegen die einzelnen Arbeitnehmer

681 Zur Sicherung des arbeitsvertraglichen Erfüllungsanspruchs auf künftige Arbeitsleistung

Da die Teilnahme an einem rechtswidrigen Arbeitskampf den Arbeitnehmer nicht von der arbeitsvertraglichen Arbeitsleistungspflicht befreit, hat der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer Anspruch auf Erfüllung der Arbeitsleistungspflicht. 2) Dieser Anspruch richtet sich auf positives Tun, nicht auf Unterlassen. 3) Steht der Streik erst bevor, handelt es sich bei der zwecks Verhinderung des Streiks erhobenen Arbeitsleistungsklage um eine "Klage auf zukünftige Leistung" i. S. des § 259 ZPO.

Nach viel vertretener Ansicht kann dieser Anspruch wegen der Unvollstreckbarkeit nach § 888 Abs. 2 ZPO nicht im Wege der einstweiligen Verfügung nach § 940 ZPO geltend gemacht werden. 4)

- 1) vgl. Brändel, S. 119 ff;  
Brox-Rüthers, S. 170;  
Heckelmann, AuR 1970, 178;  
Jauernig, ZZP 79, 321 (330);  
Neumann-Duesberg, BB 1964, 361 (363)  
vgl. auch ArbG Lüneburg v. 14. 9. 1955, BB 1955, 897  
vgl. auch Pastor, S. 34 f; 204 f
- 2) Heckelmann, AuR 1970, 173
- 3) vgl. Neumann-Duesberg, BB 1964, 361
- 4) Nikisch I, S. 281 f; Urteilsanmerkung zu ArbG Wetzlar AP Nr. 4 zu § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung;  
Schönke-Baur (7. Aufl.), S. 203;  
Diekhoff, AuR 1956, 353 (354);  
Oehmann, DB 1963, 1644 (1645);  
LAG Hannover v. 20. 10. 1953, DB 1953, 908;  
LAG Düsseldorf v. 17. 9. 1957, BB 1958, 82;  
LAG Baden-Württemberg v. 27. 1. 1958, AP Nr. 5 zu § 611  
BGB Anspruch auf Arbeitsleistung

Nach dieser Ansicht kommt der vorläufige Rechtsschutz nur in Betracht, wenn die angeordneten Maßnahmen auch durchgesetzt werden können.

Dies erscheint unrichtig, da § 940 ZPO nicht die Zwangsvollstreckung sichern soll, sondern eine vorläufige Befriedung zwischen den Parteien erstrebt. Neumann-Duesberg hält dies bei einem Anspruch auf Arbeitsleistung für geradezu wünschenswert. <sup>1)</sup>

Indem § 888 Abs. 2 ZPO nur die Vollstreckung untersagt, läßt er mittelbar die Verurteilung auf Grund eines Erkenntnisverfahrens zu. Das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist aber der Materie nach ebenfalls ein Erkenntnisverfahren, für das lediglich die sonst geltenden Grundsätze modifiziert sind. Heckelmann argumentiert daher zutreffend, die Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes führe ebenso wie das gewöhnliche Streiturteil dem Antragsgegner die Leistungspflicht vor Augen und halte ihn zu dessen Befolgung an. <sup>2)</sup>

Die einstweilige Verfügung auf Arbeitsleistung ist also trotz der fehlenden Vollstreckungsmöglichkeit als nach § 940 ZPO zulässig anzusehen. <sup>3)</sup>

Der antragstellende Arbeitgeber müßte hier das Bestehen des Arbeitsverhältnisses und der konkreten Arbeitspflicht darlegen. Weitere Voraussetzung für eine einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO ist, daß die durch sie getroffene einstweilige Regelung zur Abwendung drohender Nachteile nötig erscheint.

Da das Verfahren aus § 259 ZPO die künftige Arbeitsleistung betrifft, bedeutet das i. S. des § 940 ZPO geforderte besondere Rechtsschutzbedürfnis, daß die rechtswidrige Arbeitsniederlegung nicht erst in einigen Wochen bevorsteht, sondern unmittelbar droht. <sup>4)</sup>

---

1) BB 1964, 362

2) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 178

3) vgl. Baur, BB 1964, 613;

Feller, RdA 1963, 128 (130);

Heckelmann, AuR 1970, 174;

Hueck, Urteilsanmerkung LAG Baden-Württemberg v. 27. 1. 1958, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung;

Isele, Urteilsanmerkung LAG Mainz v. 15. 2. 1962, SAE 1963, 164 ff;

Jauernig, ZZP 79, 345;

LAG Hannover v. 13. 10. 1963, BB 1963, 554;

LAG Mainz v. 15. 2. 1962, SAE 1963, 163

4) vgl. Neumann-Duesberg, BB 1964, 362

Auch hier obliegt es dem Arbeitgeber, die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes darzutun. 1)

682

Zur Sicherung des arbeitsvertraglichen Anspruchs auf Unterlassung der Streikteilnahme

Der Arbeitgeber könnte eine einstweilige Verfügung gegen die Arbeitnehmer auf Unterlassung der Streikteilnahme aus dem Arbeitsverhältnis herleiten. Durch die Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik verletzt der Arbeitnehmer zwei Pflichten. Er ist aus dem Arbeitsverhältnis nicht nur zur Arbeitserbringung, sondern darüber hinaus durch seine Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber auch zum Unterlassen jeder Teilnahme an rechtswidrigen kollektiven Arbeitskampfmaßnahmen und zur Beseitigung von Folgen bereits vorgenommener rechtswidriger Störungen des Arbeitsfriedens verpflichtet. 2)

Verlangt der Arbeitgeber von dem Arbeitnehmer Unterlassung der rechtswidrigen Streikteilnahme, so unterscheidet sich die Forderung von der, er solle kraft seiner Arbeitsvertragspflicht arbeiten.

Der Unterschied wird deutlich, wenn der Arbeitnehmer zwar die Streikteilnahme unterläßt, aber trotzdem nicht arbeitet.

Der Unterlassungsanspruch richtet sich also darauf, daß der Arbeitnehmer sich nicht mit den Streikwilligen solidarisch erklärt, sich nicht in die Streikfront stellt oder aber seine ursprüngliche Streikbereitschaft widerruft.

Der Arbeitgeber hat also gegen den Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis einen selbständigen materiell-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik. 3)

Das Rechtsschutzbedürfnis für diese Unterlassungsklage ist zu bejahen, wenn ein Verstoß gegen die aus dem Arbeitsverhältnis sich ergebende Unterlassungspflicht unmittelbar bevorsteht. Im Eilfall kann dieser Anspruch durch eine einstweilige Verfügung verfolgt werden. Die Zwangsvollstreckung aus der auf Unterlassung gerichteten einstweiligen Verfügung erfolgt nach § 890 ZPO. 4)

---

1) vgl. Heckelmann, AuR 1970, 173

2) vgl. Brox-Rüthers, S. 170;  
Heckelmann, AuR 1970, 174

3) vgl. Baur, BB 1964, 613;  
Neumann-Duesberg, BB 1964, 363

4) Baur, BB 1964, 613;  
Neumann-Duesberg, BB 1964, 363  
vgl. auch Pastor, S. 34 f; 204 f

Diese Möglichkeit der wiederholten Verhängung von Geld- und Haftstrafen kann außerordentlich wirksam sein, um rechtswidrigen Streiks vorzubeugen.

683                    Zur Sicherung einer negatorischen Unterlassungsklage gegen  
die Streikteilnahme

Durch die Teilnahme an einem rechtswidrigen Arbeitskampf greifen die Arbeitnehmer gemeinsam unmittelbar und rechtswidrig in den "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Unternehmers" ein.

Nach § 823 I und analog § 1004 BGB kann der Arbeitgeber vorbeugende Unterlassungsklage vor dem Arbeitsgericht <sup>1)</sup> bei ernstlich drohendem Streik gegen die streikentschlossenen Arbeitnehmer erheben. <sup>2)</sup>

Unterlassen der Streikteilnahme ist nur als Distanzierung von der Streiksolidarität, nicht aber dagegen als Pflicht zur Weiterarbeit aufzufassen. Das ergibt sich schon daraus, daß die nicht mehr streikbereiten Arbeitnehmer aus streikfremden Gründen (z. B. wegen Krankheit oder Bummellei) dem Betrieb fernbleiben können.

Auch dieser Anspruch kann durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden. <sup>3)</sup> Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 890 ZPO.

Die praktische Bedeutung der actio negatoria und damit ihrer vorläufigen Sicherung ist im Vergleich zum arbeitsvertraglichen Unterlassungsanspruch geringer. Streiken nämlich nur wenige Arbeitnehmer, so braucht darin noch kein Eingriff in den Gewerbebetrieb zu liegen, falls die gewerbliche Betätigung des Unternehmers dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Die weiteren prozessualen Voraussetzungen, die für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegeben sein müssen, entsprechen denen, die bereits allgemein für den vorläufigen Rechtsschutz im Arbeitskampf erarbeitet worden sind.

- 
- 1) Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ergibt sich aus entsprechender Anwendung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG; vgl. Neumann-Duesberg, BB 1964, S. 363 Fußn. 19
  - 2) vgl. Baur, BB 1964, 613; Heckelmann, AuR 1970, 173
  - 3) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1049 f; Heckelmann, AuR 1970, 174

Zur Sicherung einer quasinegatorischen Unterlassungsklage  
gegen die Streikteilnahme der Arbeitnehmer

Die Beteiligung eines Arbeitnehmers an einem rechtswidrigen Streik in Verbindung mit der Ausübung von Zwang auf den Arbeitgeber kann eine rechtswidrige Nötigung des Arbeitgebers im Sinne des § 240 StGB sein. Da er damit in das geschützte Rechtsgut der Willensentschließung und Willensbetätigung eingreift, verletzt er ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Gegen solche objektive Rechtsgutverletzungen richtet sich die quasinegatorische Unterlassungsklage. Diese auf Unterlassung der Nötigung, nicht auf Unterlassung der Nichtarbeit gerichtete Klage kann durch eine einstweilige Verfügung gesichert werden.<sup>1)</sup> Hieraus kann nach § 890 ZPO vollstreckt werden.

Vorläufiger Rechtsschutz gegen die Streikleitung

Zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs aus dem Arbeitsverhältnis

Alle Arbeitnehmer müssen kraft ihrer Treuepflicht alles unterlassen, was dem Arbeitgeber Schaden zufügen kann. Insbesondere sind sie deshalb verpflichtet, jedes Aufhetzen zum rechtswidrigen Streik zu unterlassen. Wegen der Verletzung dieses vertraglichen Unterlassungsanspruchs kann der Arbeitgeber eine einstweilige Verfügung gegen die Streikleitung<sup>2)</sup> auf Unterlassung des Aufhetzens und die Zwangsvollstreckung daraus erwirken. Eine solche einstweilige Verfügung kann auch an die Streikleitung eines sog. wilden Streiks gerichtet werden, wenn dieser nicht lediglich "als solcher" rechtswidrig ist.

---

1) Neumann-Duesberg, BB 1964, 364

2) vgl. die e. V. des LAG Hannover v. 6. 5. 1953, BB 1953, 590 f; LAG Bayern (München) v. 16. 2. 1954, BB 1954, 593, die an eine besonders eingerichtete Streikleitung gerichtet sind.

In dem Aufhetzen der Arbeitnehmer zur Teilnahme am rechtswidrigen Streik liegt eine Anstiftung zum Eingriff in den Gewerbebetrieb und zur Nötigung. Der dem Arbeitgeber hieraus zustehende Unterlassungsanspruch ist ebenfalls einer einstweiligen Verfügung zugänglich. <sup>2)</sup>

---

1) vgl. Baur, BB 1964, 608

2) vgl. Hueck-Nipperdey-Säcker II, S. 1050 f

Niemand möge sich in seiner Meinungsbildung über die Bedeutung des Arbeitskampfes und des vorläufigen Rechtsschutzes im Arbeitskampf von der Streikstatistik der früheren Jahre beeinflussen lassen. Sie ist bis 1968 eindrucksvoll friedensorientiert.

Die politische und rechtliche Problematik des Arbeitskampfes zeigt aber sich nicht in wirtschaftlichen Gutwetterperioden, in Hochkonjunkturen, sondern tritt schlagartig in wirtschaftlichen Krisenzeiten, in der Rezession, offen zutage. Wird die "Normsetzung" einer Arbeitskampfordnung, wie sie Nipperdey geschaffen hat, Säcker sie fortsetzt, immer weiter vorgetrieben, so erfährt die Arbeitskampffreiheit eine beständig fortschreitende Einschränkung. Eine solche Ordnung hat aber in der Krise keine Bewährungschance.

Zwar kann man versuchen, Arbeitgeber, Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften durch staatliche Orientierungsdaten zu lenken und mit einer bewußten Wirtschaftspolitik Tarifpolitik und Arbeitskampf kalkulierbarer zu machen. Das darf aber nicht dazu führen, daß die Tarifautonomie damit tatsächlich eingeschränkt und die Arbeitskampffreiheit beschnitten wird.

Als Ergebnis der Erörterung kann festgehalten werden, daß sowohl hinsichtlich der Frage, wann ein Arbeitskampf rechtswidrig als auch hinsichtlich des Problems, inwieweit ein für rechtswidrig erachteter Arbeitskampf durch eine einstweilige Verfügung unterbunden werden kann, Bedenken gegen die bisherige Praxis bestehen. Es erscheint allgemein eine größere Zurückhaltung geboten. Eine abgewogene Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen Streiks durch die Rechtsprechung, wie sie hier vorgeschlagen worden ist, beeinträchtigt jedenfalls nicht die Arbeitskampffreiheit in ihrem von der Verfassung gewährten Umfang.

E) THESENARTIGE ZUSAMMENFASSUNG

1. Rechtsgrundlage für einstweilige Verfügungen gegen Streiks ist § 62 II ArbGG i. V. m. § 940 ZPO.
2. Weder das Argument der Funktion des Arbeitskampfes noch das des prozessualen Funktionswandels des einstweiligen Verfügungsverfahrens stehen dem Erlaß einstweiliger Verfügungen im Arbeitskampf entgegen.
3. Gegen die Anwendung der einstweiligen Verfügung im arbeitsgerichtlichen Verfahren spricht nicht der Beschleunigungsgrundsatz des § 9 I ArbGG.
4. Die befriedigende Leistungsverfügung ist für alle Arten von Ansprüchen, auch in einem rechtswidrigen Arbeitskampf gegeben. Sie ist eine besondere Art der Verfügungen nach § 940 ZPO. Der Grundsatz der Einstweiligkeit der Maßnahmen und das Verbot der Befriedigungswirkung stehen dem Erlaß der einstweiligen Verfügung gegen Streiks nicht entgegen.
5. Die Abwägung von Veränderungsinteresse und Beharrungsinteresse ist kein geeignetes Kriterium für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf.
6. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung setzt einen materiell-rechtlichen Anspruch des antragstellenden Arbeitgebers voraus.
7. Die einstweilige Verfügung ist legales Rechtsmittel in einem tarifvertragswidrigen Arbeitskampf. Durch ihren Erlaß wird die sog. Arbeitskampffreiheit des Sozialpartners nicht verletzt.
8. Durch eine einstweilige Verfügung kann keine Massenänderungskündigung untersagt werden. Die einstweilige Verfügung an die Gewerkschaft kann aber das Verbot enthalten, eine Massenänderungskündigung selbst auszusprechen, zu organisieren oder zu veranlassen.
9. Ein Arbeitgeber kann gegen die Gewerkschaft eine einstweilige Verfügung wegen Verbandswidrigkeit des Arbeitskampfes nicht erwirken.
10. Hält sich ein Arbeitskampf in den Grenzen der Arbeitskampffreiheit, so liegt schon tatbestandsmäßig kein Eingriff in den Gewerbebetrieb vor. Ein Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb bzw. Unternehmen ist begrifflich nicht möglich. Als geschütztes Rechtsgut kommt die Entschließungsfreiheit des einzelnen in Betracht.
11. Eine Indikation der Rechtswidrigkeit ist in § 823 I BGB abzulehnen.
12. Der Begriff der Sozialadäquanz ist ein untaugliches Mittel zur Feststellung der Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen.

13. Ein Arbeitgeber kann eine einstweilige Verfügung gegen einen sog. vertasungsgefährdenden Arbeitskampf oder einen Arbeitskampf in einem lebenswichtigen Betrieb oder Berufszweig mangels eines Anspruchs nicht erwirken.
14. Gegen eine kämpfende Gewerkschaft kann ein kampfunteiliger Unternehmer nicht durch eine einstweilige Verfügung vorgehen.
15. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung unter Berufung auf die Einzelarbeitsvertragswidrigkeit scheidet sowohl gegen die Arbeitnehmer als auch gegen die Gewerkschaft aus.
16. Der sog. wilde Streik als solcher ist nicht rechtswidrig. Der Arbeitgeber kann nicht mit dem Hinweis, er werde nicht von einer Gewerkschaft bestreikt, eine einstweilige Verfügung gegen die einzelnen streikenden Arbeitnehmer oder deren Streikleitung erwirken.
17. Die Übertragung der Evidenztheorie ins Arbeitsrecht bietet keinen brauchbaren Ansatz für eine Beschränkung der Anwendung der einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf.
18. Als Verfügungsgrund einer einstweiligen Verfügung im Arbeitskampf kommt nur die existentielle Not, die Existenzvernichtung und der Ruin des Antragstellers in Betracht.
19. An die Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Glaubhaftmachung sollte grundsätzlich nicht durch Sicherheitsleistung ersetzt werden.
20. Eine gerichtliche Entscheidung des Vorsitzenden ohne mündliche Verhandlung und ohne Anhörung der Gegenseite sollte auf ganz seltene Sonderfälle beschränkt bleiben.

## Lebenslauf

Am 8. Oktober 1943 bin ich in Bad Kreuznach geboren. Meine Eltern sind Oberamtsrat Walter Gattung und seine Ehefrau Maria geb. Dillmeier.

Von Ostern 1950 bis Ostern 1954 besuchte ich die Volksschule und anschließend das Stefan-George-Gymnasium in Bingen. Das Reifezeugnis wurde mir am 14. Februar 1964 zuerkannt.

Vom Sommersemester 1964 bis zum Sommersemester 1968 studierte ich Rechtswissenschaft an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz.

Am 12. November 1968 legte ich die 1. juristische Staatsprüfung ab. Am 29. November 1968 wurde ich durch den Oberlandesgerichtspräsidenten Koblenz zum Gerichtsreferendar ernannt. Am 5. Dezember 1968 trat ich den juristischen Vorbereitungsdienst an und beendete ihn mit der Ablegung der 2. juristischen Staatsprüfung am 3. Februar 1972 vor dem Landesprüfungsamt für Juristen bei dem Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz.

Am 13. März 1972 wurde ich durch den Minister der Justiz Rheinland-Pfalz zum Rechtsanwalt ernannt. Nach Verzicht auf die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft wurde ich am 8. Mai 1972 durch das Ministerium der Justiz zum Gerichtsassessor ernannt. Seitdem bin ich im Justizdienst des Landes Rheinland-Pfalz.

Meine mündliche Doktorprüfung bestand ich am 10. Juli 1972.





